

شرح الوقاية

للإمام الفقيه الأصولي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود
المحبوبي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٧هـ

ومعه

منتهى النقاية على شرح الوقاية

الدكتور صلاح محمد أبو الحاج
المحاضر في كلية أصول الدين الجامعية
جامعة البلقاء التطبيقية

المجلد الأول

الجزء الثالث

الطبعة الأولى

٢٠٠٦



شرح الوقاية

كتاب النكاح

كتاب النكاح

هو عقدٌ موضوعٌ للملكِ المتعة : أي حِلُّ استمتاع الرجل^(١) من المرأة^(٢).
فالعقدُ : هو^(٣) ربطُ أجزاء التصرف : أي الإيجاب والقَبُولُ شرعاً ، لكن هنا أُريدُ
بالعقدِ الحاصلُ بالمصدر^(٤) ، وهو الارتباط ، لكنَّ النكاحَ هو الإيجابُ والقَبُولُ مع ذلك
الارتباط ، وإنَّما قلنا هذا ؛ لأنَّ الشرعَ يعتبرُ الإيجابَ والقَبُولَ ؛ لأنَّهما^(٥) أركانُ عقدِ
النكاحِ ، لا أمورَ خارجيةٍ كالشُرَاطِ ونحوها.

(١) وجه ذكر الرجل إما لكونه أشرف من المرأة ، وإما لأنه صاحبُ الحقِّ دونها ، وإن كان حِلُّ الاستمتاع
من الطرفين ، فإنَّ له إجبارها على الوطئ إذا امتنعتْ بلا مانع شرعيٍّ ، وليس لها إجباره بعدما وطئها
مرة ، وإن وجب عليه ذلك أحياناً ديانةً . ينظر : «رد المحتار» (٢ : ٢٥٩) ، و«عمدة الرعاية» (٢ : ٤).

(٢) يعترى النكاح الأحكام الخمسة :

١. الفرض : إذا لو لم يتزوج لزنَى.
٢. الوجوب : عند شدة الاشتياق إلى التزوج بحيث يخاف الوقوع في الزنا.
٣. السنية : حال الاعتدال.
٤. الحرمة : إذا تيقن بعدم القيام بأمور الزوجية.
٥. الكراهية : إذا خاف الجور . ينظر : «شرح الأحكام الشرعية» (١ : ١٠).

(٣) ساقطة من ص و م .

(٤) المراد بالعقد الحاصل بالمصدر وهو ارتباط أجزاء التصرف الشرعي ، بل الأجزاء المرتبطة نحو زوجت
وتزوجت ، وكذا بيعت واشتريت ، فإن الشارع قد جعل بعض المركبات الإخبارية إنشاءً بحيث إذا وجد
وجد معه معنى شرعيٌّ يترتبُ عليه حكم شرعيٌّ مثلاً ، إذا قيل : زوجت وتزوجت وجد معنى شرعيٌّ
هو النكاح يترتبُ عليه حكم شرعي هو ملك المتعة ، وكذا إذا قيل بيعت واشتريت وجد معنى شرعي هو
البيع يترتبُ عليه حكم شرعي هو ملك اليمين ، ولما كان بين اللفظ الإنشائي ومعناه من العلاقة القوية
حيث لا يتخلف عنه المعنى ؛ لأن الإنشاء إيجاد معنى بلفظ يقارنه في الوجود سميت الألفاظ الإنشائية
بأسامي معانيها حيث ذكر البيع والنكاح ، وأريد بهما الإيجاب والقَبُولُ ؛ ولذا أطلق النكاح هاهنا على
العقد مع أن العقد موضوع للنكاح شرعاً . وقامه في «درر الحكام» (١ : ٣٢٧).

(٥) زيادة من ف .

وقد ذكرتُ في «شرح التنقيح»^(١) في (فصل النهي): كالبيع، فإنَّ الشرع يحكم بأنَّ الإيجابَ والقَبُولَ الموجودين حساً يرتبطان ارتباطاً حُكْمِيّاً، فيحصلُ معنى شرعيُّ يكونُ ملكَ المشتري أثراً له، فذلك المعنى هو البيع^(٢).

فالمرادُ بذلك المعنى المجموعُ المركَّبُ من الإيجابِ والقَبُولِ مع ذلك الارتباطِ الشرعيِّ؛ لا أنَّ البيعَ هو مجردُ ذلك المعنى الشرعيِّ، والإيجابُ والقَبُولُ آله. كما تَوَهَّمُ البعض؛ لأنَّ كونَهُما أركاناً يُنافي ذلك^(٣).

فلا شكَّ أن له عللاً أربعاً:

١. فالعلَّةُ الفاعليَّةُ^(٤): هو^(٥) المتعاقدان.
٢. والمادِّيَّةُ^(٦): الإيجابُ والقَبُول.
٣. والصُّورِيَّةُ: هو الارتباطُ المذكور^(٧) الذي يَعتبرُ الشرعُ وجودَه.
٤. والغائيَّةُ^(٨): المصالحُ المتعلِّقةُ بالنِّكاح.

وإنَّما قلنا: عقدٌ موضوع؛ لأنَّ البيعَ والهبةَ ونحوها يثبتُ به ملكُ المتعة، لكن غيرَ موضوع له، فلهذا يصحُّ البيعُ ونحوه في محلٍّ لا يحلُّ الاستمتاعُ فيه^(٩) بخلاف النِّكاح.

(١) اسمه «التوضيح في حل غوامض التنقيح» للشارح رحمه الله.

(٢) انتهى من «شرح التنقيح» (١: ٤١٥).

(٣) أي كونُهُما آله. والحاصلُ أن النكاحَ والبيعَ ونحوهما، وإن كانت توجد حساً بالإيجابِ والقَبُولِ، لكن وصفها بكونها عقوداً مخصوصةً بأركانٍ وشرائطٍ يترتب عليها أحكام، تنتفي تلك العقود بانتفاء وجودِ شرعيٍّ زائد على الحسي، فليس العقد الشرعي مجرد الإيجابِ والقَبُولِ ولا الارتباط وحده بل هو مجموع الثلاثة. ينظر: «رد المحتار» (٣: ١٠).

(٤) أي التي يصدر عنها الفعل.

(٥) زيادة من أ وب و س.

(٦) أي التي يتكوَّن ويتركب منها الشيء ويوجد بوجودها بالقوة، والتي تكون موجِباً لوجوده بالفعل، فهي

علَّةٌ صوريَّة، وهي تقوم بالمادية فيتكوَّن منها المركب. ينظر: «العمدة» (٢: ٥).

(٧) أي قبل أسطر.

(٨) أي التي تكون باعثاً للفاعل على فعله.

(٩) سقطت من ص و ف و م.

هو ينعقد بإيجاب وقبول لفظهما: ماض: كزوّجت، وتزوّجت، أو ماض ومستقبل: كزوّجني، فقال: زوّجت، وإن لم يعلما معناهما

(هو ينعقد بإيجاب وقبول لفظهما^(١)): ماض: كزوّجت، وتزوّجت، أو ماض ومستقبل: كزوّجني، فقال: زوّجت، وإن لم يعلما معناهما^(٢))، الإنعقاد هو الارتباط الشرعي المذكور، والمراد بالمستقبل: الأمر، وقوله: زوّجني حذف مفعوله نحو: زوّجني بتك، أو نفسك.

واعلم أن زوّجني ليس في الحقيقة إيجاباً، بل هو توكيل^(٣)، ثم قوله: زوّجت إيجاب وقبول، فإن الواحد يتولى طرفي النكاح، بخلاف البيع، فإنه إذا قال: بعني هذا الشيء، فقال: بعث لا ينعقد البيع إلا أن يقول الآخر^(٤) اشتريت، فإن الواحد لا يتولى طرفي

(١) فيه إشارة إلى أنه لا ينعقد بالكتابة في الحاضر، فإنه لو كتب على شيء لامرأة زوّجني نفسك، فكتب المرأة على ذلك الشيء عقيبه زوّجت نفسي منك لا ينعقد النكاح. ينظر: «درر الحكام» (١: ٣٢٧).

(٢) أي معنى لفظيهما سواء كان عربياً أو عجمياً، وسواء علماً أنه مما ينعقد به النكاح أو لا، وهذا قضاء. وأما ديانة فيلزم العلم، وكل هذا إذا لم يكن أحد اللفظين مستقبلاً أو أمراً مراداً به الإيجاب إذ حيث لا بد من نية العقد، وذلك لا يكون بدون العلم وفي القضاء اختلف المشايخ على قولين:

الأول: ينعقد وإن لم يعلما معناهما؛ لأن النكاح لا يشترط فيه القصد، وهو اختيار المصنف، و«المتقى» (ص ٤٩)، و«درر الحكام» (١: ٣٢٨)، و«الحانية» (١: ٣٢٧)، وقال صاحب «الدر المختار» (٣: ١٧): وبه يفتى، وبه صرح صاحب «البرزاية» (٤: ١٠٩)، وفي «البحر» (٣: ٩٥): إن ظاهر كلام التجنيس يفيد ترجيحه. وكذا مقتضى كلام «الفتح» (٣: ١٩٨)، وفي «الإصلاح» (ق ٤٢/أ): وعليه الفتوى.

الثاني: لا ينعقد، ويشترط علمهما، وإليه البهني، ينظر: «رد المختار» (٣: ١٧)، و«الدر المختى» (١: ٢١٨).

(٣) اختلفوا في لفظ: الأمر على قولين:

الأول: إنه توكيل، وهو اختيار الشارح، و«الهداية» (١: ١٨٩)، و«المجمع» و«الدر المختار» (٣: ١١).

والثاني: إنه إيجاب، وهو اختيار صاحب «الحانية»، و«الخلاصة»، وقال صاحب «الفتح» (٣: ١٩٢): هذا أحسن؛ لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقيق المعنى أولاً، وهو صادق على الأمر فليكن إيجاباً. ورجحه صاحب «الشرنبلالية» (١: ٣٢٧)، و«البحر» (٣: ٨٩).

(٤) زيادة من أوب وس.

وقولهما: داد ويذيرفت بلا ميم بعد داد ي ويذير فتى كبيع وشراء لا بقولهما عند الشهود مازن وشوئيم. ويصح بلفظ: نكاح، وتزويج، وهبة، وتمليك، وصدقة، وبيع، وشراء، لا بلفظ إجارة وإعارة ووصية

البيع؛ وذلك لأنَّ حقوق العقد ترجع إلى العاقد في باب البيع، وأمَّا في النكاح فحقوقه ترجع إلى الزوج والزوجة^(١) لا إلى العاقد^(٢)، فإنَّ العاقد إن كان غيرهما، فهو سفير محض.

(وقولهما: داد^(٣) ويذيرفت^(٤) بلا ميم^(٥) بعد داد ي^(٦) ويذير فتى^(٧)): أي إذا قيل للمرأة: خويشتن رايزني بفلان داد ي، فقالت: داد، ثم قيل للآخر يذيرفتي. فقال: يذيرفت بحذف الميم يصح النكاح، (كبيع وشراء): يعني إذا قيل للبائع: فروختي، فقال: فروخت، ثم قيل للمشتري: خريدي، فقال: خريد يصح البيع، (لا بقولهما عند الشهود مازن وشوئيم^(٨)).

ويصح بلفظ: نكاح، وتزويج، وهبة، وتمليك، وصدقة، وبيع، وشراء، لا بلفظ إجارة وإعارة ووصية.

لفظ «المختصر» هذا: ويصح بلفظ نكاح وتزويج، وما وضع لتمليك العين حالاً^(٩).

هذا هو الضابط^(١٠) فلا يصح بلفظ: الإجارة والإعارة؛ لأنَّهما لم يوضعا لتمليك العين، ولا بلفظ: الوصية؛ لأنَّها وضعت لتمليك العين لا في الحال. فاللفظ الذي وضع لتمليك العين إذا أطلق وتكون القرينة دالة على أن الموضوع له غير مراد، بأن تكون الزوجة حرة، يثبت المعنى المجازي، وهو ملك المتعة، فإنَّ ملك العين سبب لملك المتعة، فيكون إطلاق لفظ السبب على المسبب.

(١) زيادة من أ و ب و س.

(٢) داد: أي زوج. ينظر: «الدر المنتقى» (١: ٣١٨).

(٣) يذيرفت: أي قبل بصيغة الغائب. ينظر: «الدر المنتقى» (١: ٣١٨).

(٤) أي ليكون مستداً إلى المتكلم. ينظر: «الدر المنتقى» (١: ٣١٨).

(٥) داد ي: زوجت. ينظر: «الدر المنتقى» (١: ٣١٨).

(٦) يذيرفتي: أي قبلت. ينظر: «الدر المنتقى» (١: ٣١٨).

(٧) أي زوجة وزوج. ينظر: هامش «فتح باب العناية» (٢: ٦).

(٨) انتهى من «النقابة» (ص ٧٣).

(٩) أي الذي ذكره هو القاعدة في باب صحة النكاح، وكل لفظ وضع لتمليك العين حالاً يصح به النكاح.

وما ليس كذلك لا يصح به. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٨).

وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر، وحضور خريين، أو خُر وخُرتين مكلفين مسلمين سامعين معاً

وعند الشافعي^(١) لا ينعقد بهذه الألفاظ، وانعقاده بلفظ: الهبة؛ مختص بالنبي عليه الصلاة والسلام؛ لقوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾^(٢)،^(٣)

ولنا: قوله تعالى: ﴿إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾^(٤)، الآية مجاز، والمجاز لا يختص بحضرة الرسالة، وقوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾ في عدم وجوب المهر^(٥)، أو أحللتاهن خالصة لك^(٦): أي لا يحل لأحد نكاحهن.

(وشرط^(٧) سماع كل منهما لفظ الآخر، وحضور خريين، أو خُر وخُرتين)، خلافاً للشافعي^(٨) إذ عنده لا يصح إلا بشهادة الرجال، (مكلفين مسلمين سامعين معاً

(١) ينظر: «المنهاج» (٢: ١٤٠)، و«أسنى المطالب» (٣: ١١٩)، و«حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣: ٢١٨)، وغيرها.

(٢) من سورة الأحزاب، الآية (٥٠). وتامها: «وَأَمْرًا مُؤَيَّنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ».

(٣) ينظر: «تحفة المحتاج» (٧: ٢٢٢)، و«نهاية المحتاج» (٦: ٢١٢)، و«مغني المحتاج» (٢: ١٤٠)، وغيرها.

(٤) الأحزاب، (٥٠).

(٥) فهي حلال للنبي ﷺ إن أراد أن ينكحها إذ وهبت نفسها له بغير مهر خالصة لك فلا يحل لأحد من أمته أن يقرب امرأة وهبت نفسها له، وإنما ذلك لك يا محمد خالصة أخلصت لك من دون سائر أمته. ينظر: «تفسير الطبري» (٢٢: ٢١)، و«تفسير الواحدي» (٢: ٨٧٠)، و«تفسير البغوي» (٣: ٥٣٦).

و«تفسير القرطبي» (٤: ٢١٠)، و«روح المعاني» (٢٢: ٦١).

(٦) حاصله أن الخلوص متعلق بمطلع الآية، وهو «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ»، فإنه لا يحل لأحد نكاحهن دون النبي ﷺ، فإنه يحرم على أحد تزوج زوجات النبي ﷺ بعد موته؛ لأنهن أمهات المؤمنين، قال تعالى: «وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ» [الأحزاب: ١٣].

(٧) شرائط النكاح خمسة:

١. حضور الشاهدين.

٢. وجود الزوج.

٣. وجود الزوجة.

٤. وجود الولي إذا كان أحد الزوجين صغيراً أو مجنوناً أو رقيقاً.

٥. الكفاءة بأن يكون الزوج كفواً للزوجة. ينظر: «نزاهة الأرواح فيما يتعلق بالنكاح» (ص ٦).

(٨) ينظر: «الأم» (٥: ٢٦)، و«المنهاج» (٢: ١٤٤)، و«حاشية البيهقي» (٣: ٣٨٩)، وغيرها.

لفظهما، فلا يصحُّ إن سمعا متفرقين، وصحَّ عند فاسقين، أو عدودين في قذف، وعند أعميين، وابني الزوجين، وابني أحدهما لا من الآخر، لكن لا يظهر بهما إن ادعى القريب، كما يصحُّ نكاحُ مسلم ذمياً عند ذميين، ولم يظهر بهما إن جحد. لفظهما^(١)، فلا يصحُّ إن سمعا متفرقين، كما إذا نكحاً بحضور واحد، ثم غاب من وحضر آخر، فأعاداً بحضوره^(٢).

(وصحَّ عند فاسقين، أو عدودين في قذف، وعند أعميين، وابني الزوجين^(٣)، وابني أحدهما^(٤) لا من الآخر^(٥))، لكن لا يظهر بهما إن ادعى القريب^(٦))، أي إن نكحاً بحضور ابني الزوج، فإن ادعى هو لم تقبل شهادة ابنه له، أما إذا ادعت المرأة تقبلُ شهادتهما لها، وإن نكحها عند ابني الزوجة، فإن ادعت لا تقبلُ شهادتهما لها، وإن ادعى الزوجُ تقبلُ له.

(كما يصحُّ نكاحُ مسلم ذمياً عند ذميين، ولم يظهر بهما إن جحد): أي المسلم^(٧)، فإنَّ شهادة الكافر على المسلم لا تقبل، وإن ادعى المسلمُ تقبلُ له.

(١) ذكر في ت و م بعد لفظهما: لا عدالتهما.

(٢) قال صاحب «الدر المختار» (٣: ٢٣): على الأصح، خلافاً لقول أبي يوسف وأبي سهل من أنه إذا انعقد المجلس جاز استحساناً، وإن أعيد في مجلس آخر لا يتعقد إجماعاً. ينظر: «شرح ملا مسكين» (ص ٩٤).

(٣) بأن وقعت الفرفة بين رجل وامرأة ثم تزوجا بحضور ابنيهما الشقيقتين. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٨).

(٤) زيادة من ت و ص و م.

(٥) أي لا يثبت عند الحاكم إلا بالعدول حتى لو تجاحدا وترافعا إلى الحاكم أو اختلفا في المهر، فإنه لا يقبل إلا العدول؛ ولأن النكاح له حكمان: حكم الانعقاد، وحكم الإظهار، فحكم الانعقاد أن كل من ملك القبول لنفسه انعقد النكاح بحضوره، ومن لا فلا، فعلى هذا يتعقد بشهادة الأعمى، والآخرى: والمحدود في القذف، وبشهادة ابنه، أو ابنها، ولا يتعقد بشهادة العبد... وأما حكم الإظهار: وهو عند التجاحد، فلا يقبل فيه إلا العدول كما في سائر الأحكام. ينظر: «الجوهرة» (٢: ٤)، و«كشف الالتباس عما أورده البخاري على بعض الناس» (ص ٧٤).

(٦) زيادة من م.

أمر آخر أن يُنكح صغيرته، فنكح عند فرد إن حضر أبوها صَحْ وإلا فلا، كَاب يُنكح بالغة عند فرد إن حضرت صَحْ وإلا فلا.

لباب المحرمات

وَحَرَّمَ عَلَى الْمَرْءِ أَصْلَهُ، وَفَرْعَهُ، وَأَخْتَهُ، وَبِشْهًا، وَبِنْتُ أَخِيهِ، وَعَمَّتَهُ، وَخَالَتَهُ، وَبِنْتُ زَوْجَتِهِ إِنْ وَطِئَتْ، وَأُمُّ زَوْجَتِهِ، وَإِنْ لَمْ تَوْطَأْ، وَزَوْجَةُ أَصْلِهِ وَفَرْعِهِ

(أمر آخر أن يُنكح صغيرته^(١))، فنكح^(٢) عند فرد إن حضر أبوها صَحْ وإلا فلا؛ فَإِنَّ الْأَبَّ إِذَا كَانَ حَاضِرًا يَنْتَقِلُ عِبَارَةُ الْوَكِيلِ إِلَى الْأَبِّ، فَصَارَ كَأَنَّ الْأَبَّ عَاقِدٌ، وَالْوَكِيلُ مَعَ ذَلِكَ الْفَرْدِ شَاهِدَانِ، (كَأَبٍ يُنكح بالغة^(٣)) عند فرد إن حضرت صَحْ وإلا فلا، فَصَارَ كَأَنَّ الْبَالِغَةَ عَاقِدَةٌ، وَالْأَبُّ وَذَلِكَ الْفَرْدُ شَاهِدَانِ، وَعِبَارَةُ «الْمَخْتَصَرِ» هَذَا: وَالْوَكِيلُ شَاهِدٌ إِنْ حَضَرَ مُوَكَّلُهُ كَالْوَلِيِّ إِنْ حَضَرَتْ مُوَلَّيَّتُهُ بِالْغَةِ^(٤).

لباب المحرمات

(وَحَرَّمَ عَلَى الْمَرْءِ أَصْلَهُ، وَفَرْعَهُ، وَأَخْتَهُ، وَبِشْهًا، وَبِنْتُ أَخِيهِ، وَعَمَّتَهُ، وَخَالَتَهُ، وَبِنْتُ زَوْجَتِهِ إِنْ^(٥) وَطِئَتْ، وَأُمُّ زَوْجَتِهِ، وَإِنْ لَمْ تَوْطَأْ، وَزَوْجَةُ أَصْلِهِ وَفَرْعِهِ). لَفْظُ «الْمَخْتَصَرِ»: وَحَرَّمَ أَصْلَهُ، وَفَرْعَهُ، وَفَرْعُ أَصْلِهِ الْقَرِيبُ، وَصُلْبِيَّةُ^(٦) أَصْلِهِ الْبَعِيدُ^(٧).

فَالْأَصْلُ الْقَرِيبُ: الْأَبُّ، وَالْأُمُّ، وَفَرْعُهُمَا: الْإِخْوَةُ، وَالْأَخَوَاتُ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ، وَالْأَخَوَاتُ، وَإِنْ سَفَلَتْ، فَيَحْرَمُ جَمِيعُ هَؤُلَاءِ. وَالْأَصْلُ الْبَعِيدُ: الْأَجْدَادُ، وَالْجَدَّاتُ، فَتَحْرَمُ بَنَاتُ هَؤُلَاءِ الصُّلْبِيَّةُ: أَيِ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ لِأَبٍ وَأُمٍّ، أَوْ لِأَبٍ، أَوْ لِأُمٍّ، وَكَذَا عَمَّاتُ الْأَبِّ وَالْأُمِّ، وَعَمَّاتُ الْجَدِّ وَالْجَدَّةِ.

(١) أي غير بالغة، والضمير في صغيرته راجع إلى الأمر.

(٢) الأولَى أَنْ يَقُولَ فَانْكَحْ لِأَنَّ النَّاكِحَ هُوَ الزَّوْجُ وَالْمَأْمُورُ هُوَ الْمَنْكُحُ يَنْظُرُ: «عَمْدَةُ الرَّعَايَةِ» (٢: ١٠).

(٣) أي ابنته البالغة.

(٤) انتهى من «التقاية» (ص ٧٤).

(٥) زيادة من أوب وس.

(٦) صُلْبِيَّةُ الرَّجُلِ: كُلُّ مَنْ كَانَ مِنْ صُلْبِهِ أَبِيهِ. يَنْظُرُ: «الْمَغْرِبُ» (ص ٢٧١).

(٧) انتهى من «التقاية» (ص ٧٤)، وتامه: وزوجته وبنتها موطوءة، وزوجة أصله وفرضه.

وكلُّ هذه رضاعاً، وفرغُ مزنيته وممسوسته وماسيته، ومنظورة إلى فرجها الداخل بشهوة، وأصلهن، وما دون تسع سنين ليست بمشتهاة، وبه يُفتى

لكن بنات هؤلاء إن لم تكن صليّة لا تحرم، كبنت العم، والعمّة، وبنت الخال والحالة.

(وكلُّ هذه رضاعاً)، هذا يشمل عدّة أقسام: كبنت الأخت مثلاً، تشمل البنت الرضاعيّة للأخت النسيّة، والبنت النسيّة للأخت الرضاعيّة، والبنت الرضاعيّة للأخت الرضاعيّة.

(وفرغُ مزنيته وممسوسته وماسيته، ومنظورة إلى فرجها الداخل^(١) بشهوة، وأصلهن)، المسُ بشهوة عند البعض أن يشتهي بقلبه، ويتلدّد به، ففي النساء لا يكون إلا هذا، وأمّا في الرجال^(٢) فعند البعض أن ينتشر آلتُه، أو يزداد انتشاراً، هو الصحيح^(٣).

(وما دون تسع سنين ليست بمشتهاة، وبه يُفتى)، اعلم أن بنت تسع سنين، أو أكثر، قد تكونُ مشتهاة، وقد لا تكون، وهذا يختلفُ بعظم الجثّة، وصغرها، أمّا قبل أن

(١) ولا يكون هذا إلا إذا كانت متكئة، لا واقفة أو جالسة غير مستندة، وقال أبو يوسف: النظر إلى منابت الشعر يكفي لثبوت حرمة المصاهرة، وقال محمد: لا تثبت الحرمة حتى ينظر إلى الشق، وصححه في «الخلاصة». ينظر: «التيبين» (١: ١٠٨)، و«رد المختار» (٢: ٢٨٠).

(٢) هذا في الشاب، أما الشيخ الكبير والعنين، فيكفي تحريك قلبه أو زيادة تحركه إن كان متحركاً لا مجرد ميلان النفس، واختاره صاحب «الفتح» (٣: ٢٢٣)، و«الدر المختار» (٢: ٢٨٠)، و«التيبين» (٢: ١٠٨)، وغيرها. لكن محمد بن مقاتل الرازي اختار تحريك ألتها، وظاهر كلام «العناية» (٣: ٢٢٤) يدل على اختياره.

(٣) اختلفوا في حدّ الشهوة على أقوال:

الأول: ما ذكره الشارح وصححه، ويكون هذا إذا لم ينزل، فلو أنزل مع مس أو نظر فلا حرمة وكذا صححه صاحب «الهداية» (١: ١٩٣)، واختاره محمد بن مقاتل الرازي، والشيخ خواهر زاده، وشمس الأئمة السرخسي، و«التيبين» (٢: ١٠٨)، وفي «الخلاصة»: وبه يفتى.

والثاني: أن يميل قلبه إليها ويشتهي جماعها، وهو قول كثير من المشايخ. ينظر: «المحيط» (ص ١٩١ - ١٩٢).

والثالث: لا يشترط في النظر للفرج تحريك آلتها، وبه يفتى. كذا في «الجواهر». كما في «الدر المختار» (٢: ٢٨٠).

والجمع بين الأختين نكاحاً وعدة ولو من بائن، ووطناً بملك يمين، وبين امرأتين إيتهما فرضت ذكراً لم تحل له الأخرى، فإن تزوج أخت أمة ووطئها لا يبطأ تبلغ تسع سنين، فالفتوى على أنها ليست بمشتهاة^(١).

(والجمع بين الأختين نكاحاً وعدة ولو من بائن، ووطناً بملك يمين، وبين امرأتين إيتهما فرضت ذكراً لم تحل له الأخرى) : عبارة «المختصر» هذا : ويحرم نكاح امرأة وعدتها نكاح امرأة، إيتهما فرضت ذكراً لم تحل له الأخرى، ووطأها ملكاً، وكذا وطأها ملكاً وطء الأخرى نكاحاً وملكاً لا نكاحاً، فإن نكحها لا يبطأ واحدة حتى يحرم الأخرى^(٢).

أي كون المرأة في نكاح رجل، أو في عدته، ولو من طلاق بائن يحرم نكاح امرأة إيتهما فرضت ذكراً، لم تحل له الأخرى. وأيضاً يحرم وطء هذه المرأة بملك يمين، أما وطء إحداهما بملك يمين فيحرم وطء الأخرى نكاحاً وملكاً يمين، لكن لا يحرم^(٣) نكاحها حتى إذا نكحها لا يبطأ واحدة حتى يحرم الأخرى، وهذا معنى ما قال «المصنف»^(٤) : «فإن تزوج أخت أمة ووطئها لا يبطأ

(١) اختلفوا في حد المشتهاة على قولين :

الأول : إن ما دون تسع سنين ليست بمشتهاة، وبنت التسع قد تكون مشتهاة وقد تكون لا. وبه أفى أبو الليث، وعليه يفتى كما ذكر المصنف والشارح، وصاحب «الملتقى» (ص ٥٠)، و«الدر المختار» (٢ : ٢٨٢)، و«فتح باب العناية» (٢ : ١٥)، وصححه صاحب «المعراج». والثاني : إن بنت خمس لا تكون مشتهاة اتفاقاً، وبنت تسع فصاعداً مشتهاة اتفاقاً، وبنت ثمان، أو سبع، أو ست إن كانت ضخمة مشتهاة وإلا فلا. قاله أبو بكر محمد بن الفضل. قال الشمني : وعليه الفتوى. وينظر : «التيبين» (٢ : ١٠٨ - ١٠٩)، و«الفتح» (٣ : ٢٢٣)، و«البحر» (٣ : ١٠٧). و«مجمع الأنهر» (١ : ٣٢٨)، و«رد المحتار» (٢ : ٢٨٣).

(٢) انتهى من «النقاية» (ص ٧٤ - ٧٥).

(٣) أي مجرد وطء إحدى المرأتين المذكورتين لا يحرم نكاح الأخرى بل وطؤها، فلو نكح الأخرى بعدما وطء الأولى بملك يمين لا يحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم على نفسه أحدهما. ينظر : «عمدة الرعاة» (٢ : ١٤).

(٤) زيادة من أوب وس.

واحدة حتى يُحرّم أحدهما عليه، وإن تزوجهما بعقدين، ونسي الأولى، فُرق بينهما، ولهما نصف المهر، والجمع بين امرأتين أثبتهما فُرِضَتْ ذَكَراً لم تحل له الأخرى، لا بين امرأة وبنت زوجها لا منها، وصح نكاح الكتائية، والصائبة المؤمنة بنبي المقرة بكتاب، لا عبادة

واحدة حتى يُحرّم أحدهما عليه: «فيطأ الأخرى» إِمَّا بإزالة الملك عن كليهما، أو بعضها، أو بالتزويج.

(وإن تزوجهما بعقدين، ونسي الأولى، فُرق بينهما^(١)، ولهما نصف المهر^(٢)؛ لأن النكاح الأخير باطل غير موجب للمهر، والنكاح الأول صحيح، وقد فارق الأول قبل الوطء، فيجب نصف المهر، ولا يدري لمن هو، فينصف المهر بينهما، وإنما قال: بعقدين حتى لو تزوجهما بعقد واحد يبطل نكاحها، فلا يجب شيء من المهر.)^(٣) والجمع بين امرأتين أثبتهما فُرِضَتْ ذَكَراً لم تحل له الأخرى^(٤)، لا بين امرأة وبنت زوجها لا منها؛ لأن بنت الزوج لو فُرِضَتْ ذَكَراً كان ابن الزوج، وهو حرام، أمّا المرأة الأخرى لو فُرِضَتْ ذَكَراً لا تحرم عليه تلك المرأة^(٥). (وصح نكاح الكتائية^(٦)، والصائبة^(٧) المؤمنة بنبي المقرة بكتاب، لا عبادة

(١) زيادة من م.

(٢) زيادة من أ وب و س و ت.

(٣) إن كان مهرهما متساويين، والمهر مسمى في العقد، وكانت الفرقة قبل الدخول، وكل منهما ادعت سبق نكاحها، إذ لو كانا مختلفين يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرهما، وإن لم يكن مسمى فالواجب متعة لهما بدلاً عن نصف المهر. ينظر: «الدر المتقي» (١: ٣٢٥).

(٤) زيادة من ت و م.

(٥) لأنها ابنة رجل أجنبي بالنسبة له فيحل لها الزواج منها، وكذا يجوز الجمع بين المرأة وأمرأة ابنتها. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٢٦).

(٦) أحلت للمسلمين نساء أهل الكتاب من جهة أنهم كانوا يلتزمون في أمر المناكحات أحكاماً نشأه الأحكام المشروعة في الإسلام؛ ولذلك يجب لجواز هذا النكاح شرعاً أن يقع النكاح حسب الأحكام الشرعية في الإسلام. ينظر: «بحوث في قضايا فقهية معاصرة» (ص ٤٤٢).

(٧) الصائبة: من صبا من دين إلى دين يصيب؛ خرج فهو صائبة، ثم جعل هذا اللقب علماً على طائفة من الكفار يقال إنها تعبد الكواكب في الباطن وتنسب إلى النصرانية في الظاهر، ويدعون أنهم على دين صابئ بن شيش بن آدم، وقيل: إنهم عدلوا عن اليهودية والنصرانية وعبدوا الملائكة، وقد ذكرهم ابن الجوزي سبعة أقوال. ينظر: «المصباح المنير» (ص ٣٣٣ - ٣٣٤)، و«التيبان في غريب القرآن» (٩١)، و«تفسير النسفي» (١: ٤٨)، و«زاد المسير» (١: ٩١ - ٩٢).

كواكب لا كتاب لها، ونكاح المخرم والمخرمة، والأمة المسلمة والكتيبة، ولو مع طول الحرية

كواكب لا كتاب لها، اعلم أن نكاح الصائبة يحل عند أبي حنيفة رحمته الله، لا عندهما، فقبل: هذا الخلاف بناءً على تفسير الصائبي، فأبو حنيفة رحمته الله زعم أن الصائبي من أهل الكتاب، فإن كان كذلك يجوز نكاح الصائبة، وهما زعما من عبدة الكواكب ولا كتاب لهم، فلو كان كذلك لا يحل نكاحها^(١).

ثم عطف على نكاح الكتيبة قوله: (ونكاح المخرم والمخرمة، والأمة المسلمة والكتيبة)، وفيه خلاف الشافعي رحمته الله بناءً على أن التخصيص بالوصف يوجب نفي الحكم عما عداه عنده^(٢)، لا عندنا^(٣)، فقله تعالى: ﴿مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾^(٤) ينفي جواز نكاح الكتيبة عنده.

(ولو مع طول الحرية)^(٥)، المراد بطول الحرية القدرة على نكاحها، بأن يكون له

(١) قال صاحب «الدر المنقذ» (١ : ٣٢٨): ويصح نكاح الصائبة المؤمنة بنبي المقررة بكتاب اتفاقاً، وما نقل من الخلاف مبني على أن الصائبة عند الإمام كناية تعظم الكواكب كتعظيم القبلة، وعندهما تعبد الكواكب ولا كتاب لها، فالخلاف لفظي.

(٢) ينظر: في عدم جواز نكاح المخرم والمخرمة عند الشافعي رحمته الله: «الأم» (٢ : ١٣١)، و«التبيين» (ص ١٠٥)، و«نهاية المحتاج» (٦ : ٢٤٢)، وغيرها.

وينظر: لعدم جواز نكاح الأمة الكتيبة عند الشافعي رحمته الله: «شرح البهجة» (٤ : ١٤٣)، و«حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣ : ٢٥١)، و«فتوحات الوهاب» (٤ : ١٩٢)، وغيرها.

(٣) أي عند الشافعي رحمته الله، قال في «الأم» (٥ : ٨): قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً﴾ إلى قوله ﴿مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ ذلك لمن خشي العنت منكم، وفي إباحة الله الإماء المؤمنات على ما شرط لمن لم يجد طَوْلاً وخاف العنت دلالة والله تعالى أعلم على تحريم نكاح إماء أهل الكتاب.

(٤) فعندنا التخصيص بالوصف لا يدل على نفي الحكم عما عداه، فقد يكون ذكر الوصف اتفاقاً جارياً على مجرى العادة، أو للاهتمام به لشرفه، أو لغير ذلك فتقيدهن بالمؤمنات لا دلالة له على نفي جواز نكاح غير المؤمنة. ينظر: «التوضيح» (١ : ٢٨٧)، و«كشف الأسرار شرح البزدوي» (٢ : ٢٧٤)، و«العمدة» (٢ : ١٥).

(٥) من سورة النساء، الآية (٢٥).

(٦) يجوز للحر إذا لم يكن تحت حرة، ولكنه قادر على طول الحرية عندنا له أن يتزوج الأمة، والاولى أن لا يفعله. ينظر: «المبسوط» (٥ : ١٠٩).

والحرّة على الأمة، وأربع من حرائر وإماء فحسب، وللعبدة نصفها، وخبلى من زنا ولا توطأ حتى تضع حملها، وموطوءة سيدها، أو زان، ومن ضمت إلى محرمة

مهر الحرّة، ونفقتها، وفيه خلاف الشافعي^(١) بناءً على أن التعليق بالشرط يوجب العدة عند عدم الشرط، فقله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا﴾^(٢) الآية^(٣)، دل على أنه لو كان له طول الحرّة لم يجوز له^(٤) نكاح الأمة.

أما عندنا فهو ساكت عن هذا الحكم، فبقي الحكم على تقدير طول الحرّة على الحل الأصلي^(٥)، وكذا في الأمة الكتابية.

(والحرّة على الأمة، وأربع من حرائر وإماء^(٦) فحسب، وللعبدة نصفها، وخبلى من زنا ولا توطأ حتى تضع حملها^(٧)، وموطوءة سيدها، أو زان)، أي يجوز نكاح أمة وطئها سيدها، ولا يجب على الزوج الاستبراء^(٨)، وكذا نكاح من وطئها رجل بالزنا، ولا يجب على الزوج الاستبراء.

(ومن ضمت إلى محرمة): أي إذا تزوج امرأتين بعقد واحد وإحدهما محرمة عليه صح نكاح الأخرى.

(١) ينظر: «الأم» (٥: ١٦٩)، «شرح البيهجة» (٤: ١٤٢)، و«حاشية البيجيرمي» (٣: ٣٦٩)، وغيرها.

(٢) من سورة النساء، الآية (٢٥).

(٣) زيادة من أ.

(٤) زيادة من أ وب وس.

(٥) المستفاد من قوله تعالى: ﴿فَاتَّكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ النساء: ٢٣، و﴿وَأَجَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ النساء: ٢٤.

(٦) أي جمعاً وتغريقاً، إلا أن في الجمع إنما يجوز إذا أحرّ الحرائر. ينظر: «فتح القدير» (٣: ٢٤٠).

(٧) أي من غيره عند الطرفين، وعليه الفتوى، ولا تستحق النفقة، وهذا إذا لم يكن الحمل ثابتاً بالنسبة وإلا فالنكاح باطل بالإجماع، أما إن كان الزنا منه فيجوز اتفاقاً، ويجوز له وطؤها. ينظر: «فتح القدير» (٣: ٢٤٣)، و«مجمع الأنهر» (١: ٣٢٩)، و«رد المحتار» (٢: ٢٩١).

(٨) لكن يستحب للمولى أن يستبرئها، وإذا جاز النكاح، فللزواج أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما، وقال محمد: لا أحب أن يطأها قبل أن يستبرئها. ينظر: «البنية» (٤: ٩٥ - ٩٦)، و«شرح ملا مكين» (١: ٩٦).

لا نكاح أمته، وسيدته، والمجوسية،^(١) والوثنية، وخامسة في عدة رابعة، وأمة على حرّة، أو في عدتها، وحامل من سيّ، وحامل ثبت نسب حملها، ولو هي أم ولد حملت من سيدها

(لا نكاح أمته، وسيدته^(١)، والمجوسية^(٢)، والوثنية^(٣)، وخامسة في عدة رابعة^(٤)) : هذا للحرّ، وأمّا^(٥) للعبد فلا يجوز الثالثة في عدة الثانية، (وأمة على حرّة^(٦))، أو في عدتها، وحامل من سيّ^(٧)، وحامل ثبت نسب حملها، ولو هي أم ولد حملت من سيدها) : تزوّج مُسَيِّةً حاملاً لا يجوز النكاح ؛ لأنّ حملها ثابت النسب، وإنّما أفردّها بالذكر، وإن كانت داخلة تحت قوله : وحامل ثبت نسب حملها ؛ لأنّه قد يُشْتَبَه أن ولدها ثابت النسب أم لا ، فلا يعلم حكم نكاحها، فأفردّها بالذكر.

وقوله : ولو هي أم ولد ؛ وإنّما قال كذلك - ومثل هذا الكلام يستعمل في مقام يحتاج إلى المبالغة - ؛ لأنّ الحامل التي ثبت نسب حملها، إمّا منكوحة، أو مستولدة. والمنكوحة : هي الفراش القويّ، فلدفع توهم اختصاص هذا الحكم بالفراش القوي، قال : بطل نكاح حامل ثبت نسب حملها، وإن كان الفراش غير قويّ.

(١) أي حرم عليه نكاح أمته وحرم على العبد نكاح سيده للإجماع على بطلانه ؛ ولأن النكاح لم يشرع إلا مشراً ثمرات مشتركة بين المتناكحين يوجب له عليها التمكين من نفسها وفرارها في بيته وخدمته داخل البيت ويوجب لها عليه المهر والنفقة والسكنى والكسوة والقسم، والملوكية تنافي المالكية فيمنع وقوع الثمرة على الشركة، فلا يشرع لما عرف أن كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يكون مشروعاً ؛ ولأن المقصود من النكاح التواد والإحسان ؛ ومقصود الرق الامتثال والقهر بسبب ما سبق منه من الكفر فلا يجتمعان للتضاد. ينظر : «تبيين الحقائق» (٢ : ١٠٩).

(٢) المجوسية : نسبة إلى المجوس، وهم عبدة النار. ينظر : «فتح القدير» (٣ : ٢٣١)، و«البحر» (٣ : ١١١).

(٣) الوثنية : وهي التي تعبد الوثن، وهو الصنم. ينظر : «التبيين» (٢ : ١١١).

(٤) في أو ب : الرابعة، وفي ت : أربعة.

(٥) في ص و م : أمّا.

(٦) في م : الحرّة.

(٧) سيّ : أي أسر، سَيَّيتُ العَدُوّ : أسرته. فالغلام سيّ ومسيّ، والجارية سيّة ومسيّة. وجمعها سبايا.

ينظر : «المصباح المنير» (ص ٢٦٦)، و«مختار الصحاح» (ص ٢٨٥).

ونكاح المتعة والمؤقت.

باب الولي والكفو

نَفَلَ نِكَاحُ حُرَّةٍ مَكْلُفَةٍ وَلَوْ مِنْ غَيْرِ كَفْوٍ بِلَا وَلِيٍّ، وَلَهُ الْإِعْتِرَاضُ هُنَا، وَرَوَى الْحَسَنُ ع عَنْ أَبِي حَنْبَلَةَ ع عَدَمَ جَوَازِهِ، وَعَلَيْهِ فَتْوَى قَاضِي خَانَ ع

وأيضاً قد ذُكِرَ^(١) أَنَّ نِكَاحَ مَوْطُوءَةِ السَّيِّدِ صَحِيحٌ، فَهَذَا الْمَعْنَى أَوْ هُمْ صَحَّةُ نِكَاحِ الْحَامِلِ مِنَ السَّيِّدِ، فَإِنَّهَا مَوْطُوءَةُ السَّيِّدِ، فَقَالَ: بَطُلَ نِكَاحُ حَامِلٍ ثَبَتَ نَسَبُ حَمْلِهَا. وَإِنْ كَانَتْ هَذِهِ الْحَامِلُ مَوْطُوءَةُ السَّيِّدِ، فَإِنَّ هَذَا الْمَعْنَى يُوجِبُ صَحَّةَ النِّكَاحِ، فَمَعَ ذَلِكَ بَطُلَ نِكَاحُهَا بِاعْتِبَارِ ثُبُوتِ نَسَبِ حَمْلِهَا.

(ونكاح المتعة والمؤقت): صورة المتعة: أَنْ يَقُولَ أَتَمَتَّعُ بِكَ كَذَا مُدَّةً بِكَذَا مِنْ الْمَالِ، وَصُورَةُ الْمُؤَقَّتِ: أَنْ يَقُولَ تَزَوَّجْتُكَ بِكَذَا إِلَى شَهْرٍ،^(٢) أَوْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ.

باب الولي والكفو

(نَفَلَ نِكَاحُ حُرَّةٍ مَكْلُفَةٍ وَلَوْ مِنْ غَيْرِ كَفْوٍ^(٣) بِلَا وَلِيٍّ^(٤))، وَلَهُ الْإِعْتِرَاضُ هُنَا: أَيْ لِلْوَلِيِّ الْإِعْتِرَاضُ فِي غَيْرِ الْكَفْوِ، (وَرَوَى الْحَسَنُ ع عَنْ أَبِي حَنْبَلَةَ ع عَدَمَ جَوَازِهِ): أَيْ عَدَمَ جَوَازِ النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ كَفْوٍ، (وَعَلَيْهِ فَتْوَى قَاضِي خَانَ ع)^(٥).

(١) أي المصنف رحمه الله سابقاً (ص ١٤).

(٢) والفرق بين المتعة والمؤقت:

الأول: إنه يذكر لفظ التزويج في المؤقت، وفي المتعة يذكر لفظ أتمتع أو استمتع يعني ما اشتمل على مادة متعة.

والثاني: إنه يكون في نكاح المؤقت شاهدان دون المتعة. ينظر: «فتح القدير» (٣: ٢٤٧). و«حاشية الشلبي» (٢: ١١٥).

(٣) الكفو: بتسكين الفاء، وضمها: النظير والمساوي. ينظر: «طلبية الطلبة» (ص ٤٧).

(٤) ولي: وهو من الولاية، وهي تنفيذ الحكم على الغير شاء أو أبى، والولي هو العصبه. ينظر: «شرح ملا مسكين» (ص ٩٦)، و«رمز الحقائق» (١: ١٤٥).

(٥) واختار رواية الحسن التمرتاشي في «تنوير الأبصار» (٢: ٢٩٧): ويفتى بعدم جواز أصل نفسه الزمان، وأيده في «منح الغفار» (ق ٣٠٨/ب)، وظاهر كلام الطحطاوي في «حاشيته على الدر المختار» (٢: ٢٧) يدل على اختياره، وكذا اختارها صاحب «الفتح» (٣: ١٥٧).

ولا يجبرُ وليُّ بالغةٍ ولو بكراً، وصَمَتَتْها وضَحِكَتْها وبَكَأَتْها بلا صوتٍ إِذْنٌ ومعه رَدٌّ حينَ استئذانه، أو بعد بلوغِ الخبرِ بشرطِ تسميةِ الزَّوجِ لا المهرَ فيهما، هو الصَّحِيحُ

اعلم أنَّ الحرَّةَ العاقلةَ البالغةَ إِذَا زَوَّجَتْ نَفْسَها، فعند أبي حنيفةٍ وأبي يوسفٍ رحمهما الله ينعقد، وفي روايةٍ عن أبي يوسفٍ رحمهما الله لا ينعقدُ إِلَّا بوليٍّ، وعند محمدٍ رحمهما الله ينعقدُ موقوفاً على إجازةِ الوليِّ، وعند مالكٍ ^(١) والشافعي ^(٢) لا ينعقدُ بعبارةِ النساءِ.

وأما مسألةُ الكفْرِ؛ ففي ظاهرِ الروايةِ النُّكاحُ من غيرِ كَفَرٍ ينعقدُ لكن للوليِّ الاعتراضُ إن شاء فَسَخَ، وإن شاء أَجَازَ، وفي روايةِ الحَسَنِ رحمهما الله عن أبي حنيفةٍ لا ينعقدُ.

(ولا يجبرُ وليُّ بالغةٍ ولو بكراً) : اعلم أنَّ ولايةَ الإِجبارِ ثابتةٌ على الصَّغِيرَةِ دونِ البالغةِ، وعند الشَّافِعِيِّ ^(٣) ثابتةٌ على البكرِ دونِ الثَّيْبِ، فالبكرُ الصَّغِيرَةُ تُجبرُ اتِّفَاقاً لا الثَّيْبُ البالغةُ اتِّفَاقاً، والبكرُ البالغةُ لا تُجبرُ عندنا، وتُجبرُ عنده ^(٤)، والثَّيْبُ الصَّغِيرَةُ تُجبرُ عندنا لا عنده ^(٥)، ثُمَّ عندنا كُلُّ وليٍّ فَلَهُ ولايةُ الإِجبارِ، وعند الشَّافِعِيِّ ^(٦) رحمهما الله الوليُّ المُجبرُ ليس إِلَّا الأبُّ والجَدُّ.

(وصَمَتَتْها وضَحِكَتْها وبَكَأَتْها بلا صوتٍ إِذْنٌ ومعه رَدٌّ حينَ استئذانه ^(٧))، أو بعد بلوغِ الخبرِ بشرطِ تسميةِ الزَّوجِ لا المهرَ فيهما ^(٨))، هو الصَّحِيحُ ^(٩) الضَّميرُ في

(١) ينظر: «المدونة» (٢: ١١٧)، و«الملتقى شرح الموطأ» (٣: ٢٧٠)، و«التاج والأكلیل» (٥: ٦٣ - ٦٤).

(٢) ينظر: «الأم» (٥: ١٤)، و«التبیه» (ص ١٠٣)، و«تحفة المحتاج» (٧: ٢٣٨)، وغيرها.

(٣) ينظر: «الأم» (٨: ٦٢٨)، و«تحفة المحتاج» (٧: ٢٤٨)، و«فتوحات الوهاب» (٤: ١٤٩)، وغيرها.

(٤) أي عند الشافعي رحمهما الله.

(٥) أي عند الشافعي رحمهما الله ينظر: «أسنى المطالب» (٣: ١٢٨)، و«تحفة المحتاج» (٧: ٢٦٨)، و«مغني

المحتاج» (٤: ١٦٨)، وغيرها.

(٦) ينظر: «التبیه» (ص ١٠٣)، و«الفرر البهیة» (٤: ١٠٩)، و«تحفة الحبيب» (٣: ٤١٣)، وغيرها.

(٧) وأما اشترط في البكاء أن يكون بلا صوت؛ لأنه يدلُّ على أنه حزينٌ على مفارقة أهلها ينظر: «رد

المحتار» (٢: ٢٩٩).

(٨) أي البكاء مع الصوت، والمعول عليه اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك فإن تعارضت أو أشكل

احتيط. وتفصيله في «الفتح» (٣: ٢٦٥).

(٩) أي حين استئذان الولي البالغة.

(١٠) أي في الاستئذان ووصول الخبر؛ لأنه بشرط فيهما تسمية الزوج، ولا يشترط ذكر المهر.

(١١) احترازاً عما قيل من اشتراط تسمية المهر، وهو قول المتأخرين، وما صححه المصنف صححه صاحب

«الهداية» (١: ١٩٧)، و«الملتقى» (ص ٥٠).

ولو استأذنها غير ولي أقرب فرضاها بالقول كالثيب، والزائل بكارئها بوئية، أو حيض، أو جراحة، أو ثغيس، أو زناً بكر حكماً، وقولها: رددت أولى من قوله: سكت، وثقبل يئنه على سكوتها، ولا تحلف هي إن لم يقيم البينة، وللولي إنكاح الصغير والصغيرة ولو ثيباً

صمتها راجع إلى البكر البالغة، فإذا استأذنها الولي فسكت أو ضجكت كان رضا، وإذا بلغ إليها خبر نكاحها فسكتت، فهو رضا، لكن بشرط تسمية الزوج حتى لو لم يذكر الزوج، فسكوتها لا يكون رضا، ولا يشترط ذكر المهر.

(ولو استأذنها غير ولي أقرب فرضاها بالقول كالثيب): أي لو استأذنها الأجنبي، أو ولي بعيد، فالرضا لا يكون إلا بالقول كما في الثيب.

(والزائل بكارئها بوئية، أو حيض، أو جراحة، أو ثغيس^(١))، أو زناً بكر حكماً): أي لها حكم البكر في أن سكوتها رضا.

(وقولها: رددت أولى من قوله: سكت): أي إذا قال الزوج للبكر البالغة^(٢): بلغك النكاح فسكت، وقالت: لا بل رددت^(٣)، فالقول قولها^(٤).

(وثقبل يئنه على سكوتها، ولا تحلف هي إن لم يقيم البينة^(٥)): وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه بناءً على أنه لا يحلف في النكاح^(٦).

(وللولي إنكاح الصغير والصغيرة ولو ثيباً)، هذا احتراز عن قول

(١) ثغيس: من غتست المرأة ثغيس: إذا طال مكثها في منزل أهلها بعد إدراكها، ولم تتزوج حتى خرجت من عداد الأيكار، فإن تزوجت مرة فلا يقال غتست. ينظر: «المصباح المنير» (ص ٤٣٣).

(٢) قيدت بالبالغة: لأنها إذا كانت صغيرة وزوجها الولي ثم أدركت وأدعت رد النكاح حين بلغت وكذبها الزوج كان القول قوله. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٣٥).

(٣) قيل أن يكون دخل بها طوعاً في الأصح. كما في «الدر المختار» وحاشيته لابن عابدين (٢: ٣٠٢).

(٤) عبارة: القول قولها: في مسائل الدعوى عندهم كتابة عن كونها منكراً، فكل من قالوا: إن القول قوله مرادهم به أنه منكر، والآخر مدع، فيطالب المدعي بالشهود، فإن أتى بهم ثبت دعواه ولا يحلف المنكر، وليس المراد به قبول قوله من غير حجة. ونظامه في «عمدة الرعاية» (٢: ٢٣).

(٥) زيادة من أوب وت وس.

(٦) وعندهما لا تحلف، واختار رأيها صاحب «المنتقى» (ص ٥٠)، ونصر صاحب «مجمع الأنهر»^(١).

(٣٣٥)، و«الشرنبلالية» (١: ٣٣٦)، و«الدر المنتقى» (١: ٣٣٥): على أن الفتوى على رأيها.

لَمْ يَنْزُحْهَا الْآبُ وَالْجَدُّ لَزِمَ، وَفِي غَيْرِهِمَا فَسَخَ الصَّغِيرَانِ حِينَ بُلُغًا، أَوْ عِلْمًا
بِالنَّكَاحِ بَعْدَهُ، وَسَكَتُ بِكَرٍ بُلُغَتْ عَالِمَةٌ بِالنَّكَاحِ رِضًا بِهِ، وَلَا يَمْتَدُّ خِيَارُهَا إِلَى آخِرِ
الْمَجْلِسِ، وَإِنْ جَهِلَتْ بِهِ، بِخِلَافِ الْمُعْتَقَةِ جَهِلَتْ بِخِيَارِهَا

الشَّافِعِيُّ ^(١) عَلَيْهِ السَّلَامُ كَمَا مَرَّ

(ثُمَّ إِنْ زَوَّجَهَا الْآبُ وَالْجَدُّ لَزِمَ ^(٢))، وَفِي غَيْرِهِمَا ^(٣) فَسَخَ الصَّغِيرَانِ حِينَ بُلُغًا،
أَوْ عِلْمًا بِالنَّكَاحِ بَعْدَهُ: أَيْ إِنْ كَانَا عَامِلِينَ بِالنَّكَاحِ، فَلَهُمَا الْفَسْخُ عِنْدَ الْبُلُوغِ، فَإِنْ لَمْ
يَكُونَا عَامِلِينَ، فَلَهُمَا الْفَسْخُ حِينَ عِلْمًا بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ ^(٤) عَلَيْهِ السَّلَامُ فَإِنْ
نَزَّوِجَ غَيْرَ الْآبِ وَالْجَدِّ قَبْلَ الْبُلُوغِ لَا يَصِحُّ عِنْدَهُ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَلِيَّ الْمَجْبَرَ عِنْدَهُ لَيْسَ إِلَّا
الْآبُ وَالْجَدُّ.

(وَسَكَتُ بِكَرٍ بُلُغَتْ عَالِمَةٌ بِالنَّكَاحِ رِضًا بِهِ): أَيْ عِنْدَ الْبُلُوغِ، أَوْ الْعِلْمِ
بِالنَّكَاحِ بَعْدَ الْبُلُوغِ، (وَلَا يَمْتَدُّ خِيَارُهَا إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ ^(٥))، وَإِنْ جَهِلَتْ بِهِ: أَيْ
بِالْخِيَارِ، فَإِنَّ الْبَكْرَ إِذَا سَكَتَتْ بَعْدَ الْبُلُوغِ أَوْ الْعِلْمِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا لَمْ تَعْلَمْ أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ
يَطْلُ خِيَارُهَا، فَإِنْ سَكَتَتْهَا رِضًا وَلَا تُعَذَّرُ بِالْجَهْلِ، "وَالْجَهْلُ لَيْسَ بِعُذْرٍ فِي حَقِّهَا".
(بِخِلَافِ الْمُعْتَقَةِ ^(٦) جَهِلَتْ بِخِيَارِهَا ^(٧)): أَيْ إِذَا أَعْتَقَتْ الْأَمَةَ، وَلَهَا زَوْجٌ يَشْتُلُهَا
الْخِيَارَ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ، فَجَهِلْتُهَا عُذْرٌ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَفَرَّغُ لِلتَّعْلُمِ بِخِلَافِ الْخِرَاطِ،
«فَإِنْ طَلَبَ الْعِلْمَ فَرِيضَةً عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ وَمُسْلِمَةٍ» ^(٨)، وَبِالتَّقْصِيرِ لَا تُعَذَّرُ.

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣: ١٢٨)، و«تحفة المحتاج» (٧: ٢٦٨)، و«مغني المحتاج» (٤: ١٦٨).

(٢) أي الزواج سواء كان بغين فاحش أو بغير كفو.

(٣) أي غير الأب والجَد، ولو الأم أو القاضِي أو وكيل الأب. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٣٠٥).

(٤) ينظر: «الأم» (٥: ٢١)، و«النتبه» (ص ١٠٣)، و«الفرق البهية» (٤: ١٠٩)، وغيرها.

(٥) أي مجلس البلوغ أو العلم، فاللام للمعهد، فخييارها على الفور. وقامه في «مجمع الأنهر» (١: ٣٣٦).

(٦) زيادة أوب و س.

(٧) زيادة من ق.

(٨) هذا لفظ حديث مرفوع عن أنس وابن مسعود وابن عباس وأبي سعيد وابن عمر وعلي ^(٩) في «مسند

ابن ماجه» (١: ٨١)، و«المعجم الأوسط» (٤: ٢٤٥)، و«الصغير» (١: ٣٦)، و«الكبير» (١٠: ١٩٥).

«معجم الإسماعيلي» (٢: ٦٥٢)، و«مسند أبي يعلى» (٥: ٢٢٣)، و«مسند الشهاب» (١: ١٣٦).

وغيرها. قال أحمد: لا يثبت عندنا في هذا الباب شيء. قال البزار: كل ما يروى فيها عن أنس غير

صحيح، وقال البيهقي: متنه مشهور وإسناده ضعيف، وروي من أوجه كلها ضعيفة. قال العراقي:

قد صحح بعض الأئمة بعض طرقه، وقال المزني: إن طرقه تبلغ رتبة الحسن. قال السخاوي: وقد ألحق

بعض المحققين: ومسلمة؛ وليس لها ذكر في شيء من طرقه وإن كانت صحيحة المعنى. والعلم المقصود

في الحديث هو العلم الضروري أو العام الذي لا يسع البالغ المكلف جهلة أو علم ما يقرأه

خاصة. ينظر: «تخريج أحاديث الأحياء» (١: ٥٥- ٥٧)، «كشف الحقائق» (٢: ٥٦- ٥٧).

وخيارُ الغلام والثيب لا يبطلُ بلا رضا صريح، أو دلالة، ولا بقيامهما من المجلس، وشرطُ القضاء لفسخ مَنْ بَلَغَ لا مَنْ عَتَقَتْ

فإن قيل: كلاًهما في البكر حال بلوغها وهي قبل البلوغ غير مكلفة بالشرائع، قلنا: إذا راقق الصبي والصبيّة، فإمّا أن يجب عليهما تعلم الإيمان وأحكامه، أو يجب عليهما التعلّم، ولا ينبغي أن يترك سدى، قال النبي ﷺ: «مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا، واضربوهم إذا بلغوا عشراً»^(١).

(وخيارُ الغلام^(٢) والثيب^(٣) لا يبطل^(٤) بلا رضا صريح، أو دلالة).
الصريح أن يقول: رضيت، والدلالة أن يفعل ما يدل على الرضا، كالقبلة، واللمس، واعطاء الغلام المهر، وقبول الثيب المهر.

(ولا بقيامهما من المجلس،^(٥) وشرطُ القضاء لفسخ مَنْ بَلَغَ لا مَنْ عَتَقَتْ^(٦))
فإن الأول إلزام الضرر على الزوج بخلافه فسخ المعتقد، فإنه منع زيادة الملك للزوج عليها، فإن اعتبار الطلاق عندنا بالنساء، فإذا أعتقت صار الملك عليها بثلاث تطليقات بعدما كان بتطليقتين، ويكون الفسخ امتناعاً عن هذا، فلا يحتاج إلى قضاء القاضي.

(١) في «المستدرک» (١: ٣٨)، و«سنن أبي داود» (١: ٢٣٠)، و«مصحف ابن أبي شيبة» (١: ٣٤٠)، و«مسند أحمد» (٢: ١٨٠)، و«المعجم الأوسط» (٤: ٢٥٦)، و«سنن البيهقي الكبير» (١: ٢٣٠)، و«مجمع الزوائد» (١: ٢٩٤)، وغيرها، قال الترمذي: حسن، وقال الحاكم والبيهقي: صحيح على شرط مسلم. ينظر: «خلاصة البدر المنير» (١: ٩٢).

(٢) أي بلوغ الغلام الصغير. كما في «الدر المنقى» (١: ٣٣٦).

(٣) أي سواء كانت ثيباً في الأصل، أو كانت بكراً، ثم دخل بها ثم بلغت. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٣١٠).

(٤) أي الخيار بقبول النكاح، اعتباراً بحالة ابتداء النكاح لهما. ينظر: «البنية» (٤: ١٤١).

(٥) يعني إذا اختار الصغيرة أو الصغير الفرقة بعد البلوغ لا ثبت الفرقة ما لم يفسخ القاضي النكاح بينهما بخلاف خيار العتق حيث لا يحتاج فيه إلى القضاء. ينظر: «درر الحکام» (١: ٣٣٧).

(٦) لأن الفسخ لدفع ضرر خفي، وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة الزوج، ولتمكن الخلل، يشمل الفسخ الذكر والأنثى؛ لأن قصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن كذلك في حق الغلام، وإذا كان الضرر خفياً لا يطلع عليه؛ لأن فرض المسألة فيما إذا كان الزوج كفواً والمهر تاماً فربما يكره الزوج فيحتاج إلى القضاء للإلزام، وأما خيار العتق فللدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها. ينظر: «الهداية» (١: ١٩٩)، و«المنية» (٣: ١٧٩ - ١٨٠).

وإن مات أحدهما قبل التفريق بلغ أو لا ورثته الآخر، والولي: العصبية، على ترتيب الإرث والحجب، بشرط حرية، وتكليف، وإسلام في ولد مسلم دون كافر، ثم الأم، ثم ذو الرحم الأقرب فالأقرب، ثم مولي الموالاة

(وإن مات أحدهما قبل التفريق بلغ أو لا ورثته الآخر)؛ لصحة النكاح

بينهما.

(والولي: العصبية): أي المراد العصبية بنفسه: أي ذكر يتصل بلا توسط أنثى، أمّا العصبية بالغير كالبنات إذا صارت عصبية بالابن، فلا ولاية لها على أمها المجنونة، وكذا العصبية مع الغير كالأخت مع البنت لا ولاية لها على أختها المجنونة.

(على ترتيب الإرث والحجب^(١)): أي قُدّم الجزء وإن سفل، ثم الأصل وإن علا، ثم جزء الأصل القريب كالأخ، ثم بنوه وإن سفلوا، ثم جزء الأصل البعيد كالعم، ثم بنوه وإن سفلوا، ثم عم أبيه ثم بنوه، ثم عم جده، ثم بنوه الأقرب فالأقرب، ثم الترجيح^(٢) بقوة القرابة: أي قُدّم الأعياني^(٣) على العلاتي^(٤).

(بشرط حرية، وتكليف، وإسلام في ولد مسلم دون كافر، ثم الأم، ثم ذو الرحم^(٥) الأقرب فالأقرب^(٦))، ثم مولي الموالاة): أي من لا وارث له، ووالى غيره

(١) فالأقرب يحجب الأبعد، فالحجب: لغة: المنع، وفي الاصطلاح: منع شخص معين من ميراثه كله أو بعضه لوجود شخص آخر. وقيد بالحجب مع ترتيب الإرث؛ لأنه بترتيب الإرث وحده لا يقدم الابن على الأب، بل يقدم بان يأخذ فرضه أولاً، ثم يأخذ الابن ما بقي منه، وأما مع ترتيب الحجب يقدم الابن على الأب؛ لأنه يحجبه حجب نقصان. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٣٧)، و«فتح باب العناية» (٢: ٣٩)، و«عمدة الرعاية» (٢: ٢٧).

(٢) أي عند تساوي الدرجات، فيكون ذا القرابتين أولى من ذي قرابة واحدة. ينظر: «العمدة» (٢: ٢٧).
(٣) الأعياني: أي بنو الأعيان وهم الأخوة لأب وأم. ينظر: «ذخيرة العقبى» (ص ١٨٥).
(٤) العلاتي: أي بنو العلات التي هي الأخوة لأب فقط من امرأة أخرى، وهي العلة: بمعنى الضرة. ينظر: «ذخيرة العقبى» (ص ١٨٥)، و«العمدة» (٢: ٢٧).

(٥) ذو الرحم: كل قريب ليس بعصبية. ينظر: «كمال الدراية» (ق ٢٢٧).
(٦) فتقدم الأم لأب، ثم للبنت، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم لبنت ابن الابن، ثم لبنت بنت البنت، وهكذا، ثم للجد الفاسد، ثم للأخت لأب وأم، ثم للأخت لأب، ثم لولد الأم الذكر والأنثى سواء، ثم لأولادهم، ثم لذوي الأرحام: العمات، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام، وبهذا الترتيب أولادهم. ينظر: «كمال الدراية» (ق ٢٢٧)، «الدر المختار» (٣: ٧٩)،

ثم قاضي في منشوره ذلك، والأبعد يزوج بغيبه الأقرب ما لم ينتظر الكفو الخاطب الخبر منه، وعليه الأكثر، ومدة السفر عند جمع من المتأخرين، وولي المجنونة ابنها ولو مع أبيها، وتعتبر الكفاءة في النكاح، نسباً: فقريش بعضهم كفؤ لبعض، والعرب بعضهم كفؤ لبعض

علي أنه إن جنى فأرثه عليه، وإن مات فميراثه له، (ثم قاضي في منشوره^(١) ذلك): أي كتب في منشوره أن له ولاية التزويج.

(والأبعد يزوج بغيبه الأقرب^(٢) ما لم ينتظر الكفو الخاطب الخبر منه، وعليه الأكثر، ومدة السفر عند جمع من المتأخرين)، اعلم أن للأبعد ولاية التزويج عند غيبه الأقرب غيبه منقطعة، وتفسيرها عند الأكثر ما ذكر، وهو قوله: ما لم ينتظر، أي مدة لم ينتظر الكفو الخاطب، ثم عطف على قوله ما لم ينتظر قوله: مدة عند جمع من المتأخرين، وعليه الفتوى^(٣) (١) (٢) (٣).

(وولي المجنونة ابنها ولو مع أبيها): بناء على ما ذكر أن الابن مقدم في العصبة على الأب.

(وتعتبر الكفاءة في النكاح:

١. نسباً: فقريش بعضهم كفؤ لبعض، والعرب بعضهم كفؤ لبعض): أي العرب الذين لم يكونوا من قريش بعضهم أكفاء لبعض.

(١) المنشور: ما كتب السلطان فيه إني جعلت فلاناً قاضياً لبلدة كذا، سمي به؛ لأن القاضي يشد وقت قراءته على الناس. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢٧).

(٢) فلو زوج الأبعد حال قيام الأقرب توقف على إجازته. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٣١٥).

(٣) زيادة من أوس.

(٤) وقد اختلفوا حد الغيبة المنقطعة:

الأول: ما لم ينتظر الكفو الخاطب، واختاره أكثر المشايخ وصاحب «المختار» (٢: ١٣٠) «الملق» (ص ٥١)، وصححه شمس الأئمة السرخسي ومحمد بن الفضل، وفي «الهداية» (١: ٢٠٠): إنه أقرب إلى الفقه. وفي «الفتح» (٢: ١٨٥): إنه الأشبه بالفقه، وفي «الدر المنقذ» (١: ٣٣٩) عن «الحقائق»: إنه أصح الأقاويل، وفي «البحر» (٣: ١٣٥): الأحسن الافتاء بما عليه أكثر المشايخ. والثاني: مائة القصر: وعليه أكثر المتأخرين، واختارها صاحب «الكنز» (٤٥)، و«التنوير» (٢: ٣١٥)، وقال صاحب «الكافي»، و«التيبين» (٢: ١٢٧): وعليه الفتوى.

والثالث: أن يكون في بلدة لا تصل إليه القافلة في السنة إلا مرة واحدة، واختاره القنوري وابن سلمة. وذكر غير ذلك، ينظر: «التيبين» (٢: ١٢٧).

وفي العجم إسلاماً، فذو أبوين في الإسلام كفؤٌ للذي أباه فيه، ومسلمٌ بنفسه غيرُ
كفى للذي أب فيه، ولا ذو أب فيه للذي أبوين فيه. وحرية: فليس عبد، أو مُعتق
كفاً لحرّة أصليّة، ولا مُعتقُ أبوه كفواً للذات أبوين حرّين. وديانة: فليس فاسقٌ كفواً
لبنتِ الرّجل الصّالح، وإن لم يُعلَن في

اعلم أن كلّ مَنْ هو من أولادِ نُضْرِ بنِ كِنانة^(١) قريش، وأمّا أولادُ مَنْ هو فوق
النُّضْرِ فلا، وأمّا خُصُّ الكفّاءة في النّسب بالعرب؛ لأنّ العجم ضيّعوا أنسابهم.
٢. (وفي العجم^(٢) إسلاماً، فذو أبوين^(٣) في الإسلام كفؤٌ للذي أباه فيه،
ومسلمٌ بنفسه غيرُ كفؤٍ للذي أب فيه، ولا ذو أب فيه للذي أبوين فيه.
٣. وحرية^(٤): فليس عبد، أو مُعتقُ كفواً لحرّة أصليّة، ولا مُعتقُ أبوه كفواً
للذات أبوين حرّين.

٤. وديانة^(٥)، فليس فاسقٌ كفواً لبنتِ الرّجل الصّالح^(٦)، وإن لم يُعلَن في

(١) وهو نضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان، أبو بخلد،
واسمه: قيس، وإنما قيل النضر لجماله، وهو الجدّ الثاني عشر للرسول ﷺ، وهو قريش على المذهب
الراجح، وإنما قيل قريش لما روي عن ابن عباس ؓ أنه قال: إن النضر كان في سفينة فطلعت عليهم
دابة من دواب البحر، يقال لها: قريش فخافها أهل السفينة فرماها بهم فقتلها وقطع رأسها وحملها
معه إلى مكة، وقيل: في تسميته بنوه قريش لذلك أو لغلبتهم وقهرهم سائر القبائل كما تقهر هذه الدابة
سائر دواب البحر، وقيل غير ذلك. ينظر: «سبائك الذهب» (ص ٦٢)، «الأعلام» (٨: ٣٥٨).

(٢) العجم: أي مَنْ لم ينتسب إلى إحدى قبائل العرب، وعامة أهل الأمصار والقرى في زماننا منهم سواء
تكلّموا بالعربية، أو غيرها إلّا مَنْ كان له منهم نسبٌ معروفٌ كالمتنبيين إلى أحد الخلفاء الأربعة، أو إلى
الأنصار، ونحوهم. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٣١٩).

(٣) أي أب وجد؛ لأن التعريف لا يحصل إلّا بذكر الجد. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٤١).
(٤) الإسلام والحرية معتبران في العجم دون العرب؛ لأن العجم يفتخرون بها دون النسب، وهذا لأن
الكفر عيب، وكذا الرّق؛ لأنه أثره، والعرب يتفاخرون بالنسب، والحرية لازمة لهم؛ لأنه لا يجوز
استرقاقهم. ينظر: «التبيين» (٢: ١٣٠).

(٥) الديانة: وهي التقوى والزهد والصلاح، وهي معتبرة في حق العرب والعجم، فلا يكون العربي الفاسق
كفواً للصالحّة عريّة كانت أو عجميّة. ينظر: «البحر» (٣: ١٤١ - ١٤٢).
(٦) المتبرّ صلاَح الكلّ وَمَنْ اقتصرَ على صلاحها، أو صلاح أبيها نظرٌ إلى الغالب من أن صلاح الوالد
والولد متلازمان. وقامه في «رد المحتار» (٢: ٣٢١)، و«عمدة الرعاية» (٢: ٢٩).

اختيار الفضلي عليه السلام، ومالاً، فالعاجز عن المهر المعجل والثقة ليس كفواً للفقيرة، والقادر عليهما كفواً لذات أموال عظيمة، هو الصحيح، وحرقة، فحائك، أو حجام، أو كناس، أو دباغ ليس بكفي لعطار، أو بزاز، أو صراف، وبه يفتى اختيار الفضلي عليه السلام ^(١)، وعند بعض المشايخ الفاسق إذا لم يعلن يكون كفواً لنت الرجل الصالح.

٥. (ومالاً، فالعاجز عن المهر المعجل والثقة ^(٢) ليس كفواً للفقيرة): وإنما قال: للفقيرة؛ لدفع توهم من توهم أن الفقير يكون كفواً للفقيرة، وكذا الغنية بالطريق الأولى؛ لأن العجز عن أداء المهر والثقة الواجبين متحقق فيه مع زيادة التغير. (والقادر عليهما كفواً لذات أموال عظيمة، هو الصحيح ^(٣))؛ لأن المال غاي ورائح، فلا يعتبر بعده إلا أن يكون بحيث لا يقدر على أداء الواجب، وهو المهر والثقة.
٦. (وحرقة، فحائك، أو حجام، أو كناس، أو دباغ ليس بكفي لعطار، أو بزاز ^(٤)، أو صراف ^(٥)، وبه يفتى ^(٦)).

(١) قال صاحب «الدر المتقي» (١: ٣٤١): وهو الصحيح؛ لأنها تعبر به.

(٢) المراد بالمهر المعجل: وهو ما تعارفوا تعجيله، ولا يعتبر الباقي ولو كان حالاً، وبالثقة أن يكس كل يوم قدر الثقة، وقدر ما يحتاج إليه من الكسوة، ولا يعتبر أن يكون مساوياً لها في الغنى، هو الصحيح. ينظر: «التيبين» (٢: ١٣٠).

(٣) احتراز عمّا روي عن أبي حنيفة ومحمد في غير رواية الأصول أن الكفاءة في اليسار معتبرة؛ لأن الناس يتفاخرون بقلّة المال وكثرتة. ينظر: «رمز الحقائق» (١: ١٤٩).

(٤) البراز بفتح الشاء، والبرز: الشاء أو متاع البيت من الثياب ونحوها. ينظر: «القاموس» (٢: ١٧٢).

(٥) فيه إشارة إلى أن العرف جنسان ليس أحدهما كفواً للآخر لكن أفراد كل منهما كفواً لجنسها. والمعتبر في هذا الباب العرف، فكل من عدّه العرف ديناً فهو ديني. ينظر: «جامع الرموز» (١: ٢٨٤)، «عمدة الرعاية» (٢: ٣٠).

(٦) قد حقق في «غاية البيان»: إن اعتبار الكفاءة في الصنائع هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وصاحبيه؛ لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعبرون بدناءتها، وهي وإن أمكن تركها يبقى عارها كما في «البحر» (٣: ١٤٤)، وفي «المتقى» (١: ٥٠): وحرقة عندهما. وعن الإمام روايتان فحائك أو حجام أو كناس أو دباغ ليس كفواً لعطار أو بزاز أو صراف، وبه يفتى. وينظر: «اللباب» (٣: ١٢).

وإن نكحت بأقل من مهرها، فللولي الاعتراض حتى يتم، أو يفرق. ووُقف نكاحُ
فُضولي، أو فُضولين على الإجازة، ويتولى طرفي النكاح واحد ليس بفُضولي من
جانب

وإن^(١) نكحت بأقل من مهرها: أي من مهر مثلها، (فللولي^(٢)) الاعتراض
حتى يتم، أو يفرق^(٣).

ووُقف نكاحُ فُضولي^(٤)، أو فُضولين على الإجازة: أي يجوز أن يكون من
جانب الزوج فُضولي، ومن جانب المرأة فُضولي، فيتوقف على إجازتهما.

(ويتولى طرفي النكاح واحد ليس بفُضولي من جانب): أي يتولى واحد
الإيجاب والقبول، ولا يشترط أن يتكلم بهما، فإن الواحد إذا كان وكيلًا منهما، فقال:
زوجتها إياه كان كافيًا، وهو على أقسام:

١. إما أن يكون أصيلًا ووليًا، كابن العم يزوج بنت عمه الصغيرة.
٢. أو أصيلًا ووكيلًا كما إذا وكلت رجلًا بأن يزوجه نفسه،^(٥) فزوجه من
نفسه^(٦).

٣. أو وليًا من الجانبين، كالجد يزوج لابن ابنه بنت ابنه الآخر، وليس لهما
أبوان^(٧).

٤. أو وكيلًا من الجانبين^(٨).
٥. أو وليًا من جانب ووكيلًا من جانب^(٩).
- ولا يجوز أن يكون الواحد فُضوليًا كما إذا كان:
١. أصيلًا وفُضوليًا.

(١) في ت وج و ف و م: إن.

(٢) أي العصة لا غير من الأقارب ولا القاضي لو كانت سفية. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٣٢٤).

(٣) ولا تكون هذه الفرقة إلا عند القاضي وما لم يقض القاضي بالفرقة بينهما، فحكم الطلاق والظهار

والإبلاء والميراث باق. ينظر: «الجوهرة» (٢: ١٢)، «الفتاوى الهندية» (١: ٢٩٥).

(٤) فُضولي: بالضم، وفتح الفاء فيه خطأ، وهو مَنْ يَشْتَبِلُ بما لا يَغْنِيهِ، وهو في اصطلاح الفقهاء: مَنْ

ليس بوكيل. ينظر: «المصباح المنير» (٤٧٦)، و«المعرب» (٣٦٣).

(٥) زيادة من أ وب و س.

(٦) زيادة من أ.

(٧) كما إذا وكله رجل أن يزوجه، ووكَّله امرأة أن يزوجه. ينظر: «نظرية العقد» (ص ٤١٩).

(٨) كان بوكله أحد بأن يزوجه بنته الصغيرة.

وصح نكاح أمة زوجها من أمير بنكاح امرأة لأمه، وإنكاح الأب والجد عند عدم الأب الصغير والصغيرة بغين فاحش بالمهر، أو من غير كفٍ لا لغيرهما

٢. أو ولياً من جانب وفصولياً من جانب.

٣. أو وكيلاً من جانب وفصولياً من جانب.

٤. أو فصولياً من الجانبين.

(وصح نكاح أمة زوجها من أمير بنكاح امرأة لأمه): أي إن وكل أن يزوجه امرأة فزوجه أمة صح^(١) "خلافاً لهما".

(وإنكاح الأب والجد^(٢) عند عدم الأب^(٣) الصغير والصغيرة بغين فاحش^(٤) "بالمهر"، أو من غير كفٍ لا لغيرهما): "أي لا يصح لغير الأب والجد إنكاح الصغير والصغيرة بغين فاحش في المهر، أو من غير كفٍ اتفاقاً، وجواز إنكاحهم للأب والجد بالغين الفاحش، أو من غير كفٍ مذهب أبي حنيفة رحمته الله خلافاً لهما": أي لو فعل الأب أو الجد عند عدم الأب لا يكون للصغير والصغيرة حق الفسخ بعد البلوغ، وإن فعل غيرهما، فلهما أن يفسخا بعد البلوغ^(٥).

(١) لأن هذا الكلام صدر مطلقاً فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة كما إذا تزوجه أمته، ولم يكن مانع، كما إذا كانت تحت حرة. ينظر: «درر الحكام» (١: ٣٤٠).

(٢) زيادة من م.

(٣) زيادة من أ و س.

(٤) غين فاحش: إذا جاوزت الزيادة ما يعتاد مثله. ينظر: «المصباح» (ص ٤٦٤).

(٥) زيادة من أ و ب و س.

(٦) زيادة من أ و ب و س.

(٧) وهَمَّ الفتازاني في «التلويح» (٢: ٣٦٨ - ٣٦٩)، وابن كمال في «الإصلاح» (ق ٤٤/ب)، والحصامي في «الدر المختار» (٢: ٣٠٦) صدر الشريعة في قوله: فلهما أن يفسخا بعد البلوغ، بأنه إن كان الزوج غير الأب والجد لا يصح من غير كفٍ أو بغين فاحش أصلاً.

وأجاب عن قولهم القهستاني في «جامع الرموز» (١: ٢٧٩)، وشيخ زاده في «مجمع الأنهر»^(١): (٣٤٦): في «الجواهر»: ويصح تزويج غيرهما بغين فاحش، كما قال بعضهم. وفي «الجوامع»: وغير كف، على ما قال بعضهم، والصحيح أنه لا يجوز. وهذا يدل على وجود الرواية لا على عدمها كما لا يخفى فلا وجه لرد صاحب «الإصلاح»، و«التلويح».

ورد قولهما ابن عابدين في «رد المختار» (٢: ٣٠٦): وفيه نظر؛ فإن ما كان قولاً لبعض المشايخ لا يلزم أن يكون فيه رواية عن أئمة المذهب ولا سيما إذا كان قولاً ضعيفاً مخالفاً لما في مشاهير كتب المذهب المعتمدة.

ولا نكاح واحدة من اثنين زوجتهما المأمور بواحدة للأمر.

باب المهر

أقله عشرة دراهم، ونجب هي إن سُمي دونها، وإن سُمي غيره، فالمسئ عند الوطء أو موت أحدهما، ونصفه بطلاق قبل وطء وخلوة صحت

(ولا نكاح واحدة من اثنين زوجتهما المأمور بواحدة للأمر): أي إن^(١) أمر آخر أن يزوجه امرأة، فزوجته امرأتين بعقد واحد، لا يصح نكاح كل واحدة منهما، أمّا إذا زوج بعقدين فالأول صحيح دون الثاني.

باب المهر

(أقله عشرة دراهم): هذا عندنا، وأمّا عند الشافعي^(٢) فكل ما يصلح ثمنًا يصلح مهرًا، سواء كان عشرة دراهم^(٣)، أو أقل منها،^(٤) أو ما فوقها.

(ونجب هي إن سُمي دونها، وإن سُمي غيره): أي غير دون عشرة دراهم، وهو إمّا العشرة، أو ما فوقها، (فالمسئ عند الوطء أو موت أحدهما^(٥))، ونصفه بطلاق قبل وطء وخلوة صحت: أي الخلوة الصحيحة، وسيجيء تفسيرها^(٦).

فإن قلت: لِمَ لم يكتف بقوله: قبل خلوة صحت؛ فإنه إذا كان قبل الخلوة الصحيحة، كان قبل الوطء.

قلت: لا تُسلم، فإنه يمكن أن يكون قبل الخلوة الصحيحة، ولا يكون قبل الوطء،

(١) زيادة من ب و س و م.

(٢) ينظر: «التهذيب» (ص ١٠٧)، و«حاشية البجيرمي» (٣: ٤٤٥)، و«الفرز البهي» (٤: ١٨٢)، وغيرها.

(٣) زيادة من أ و ب و س.

(٤) زيادة من أ و ب و س.

(٥) فإن الموت كالوطء في حكم المهر والعدة لا غير. ينظر: «الدر المنثور» (١: ٣٤٦).

(٦) المهر يجب بالعقد: إما بالتسمية إذا وجدت وإلا فبالحكم أعني مهر المثل بحكم الشرع. ثم يستقر المهر

بأحد أشياء ثلاثة: إما بالدخول أو بموت أحد الزوجين، وإما بالخلوة الصحيحة. ينظر: «التهذيب» (٤: ١٨٩).

(١٨٩).

(٧) (ص ٣١).

وصحَّ النكاحُ بلا ذكرٍ مهر، ومع نفية، وبخمر، أو خنزير، وبهذا الدَّن من الخل، فإذا هو خمرٌ، وبهذا العبدُ فهو حرٌّ، وبثوبٍ وبدابةٍ لم يبيَّن جنسهما، وتعليم القرآن، وبخدمة الزوج الحرِّ لها سنة، وفي تزويج بنته أو أختها منه على تزويج بنته أو أختها منه معاوضةً بالعقدين

بأن واطئً بلا خلوةٍ صحيحة، نحو إن واطئً مع وجود المانع الشرعي كصوم رمضان، ونحوه.

(وصحَّ النكاحُ بلا ذكرٍ مهر^(١)، ومع نفية، وبخمر، أو خنزير، وبهذا الدَّن^(٢) من الخل، فإذا هو^(٣) خمرٌ^(٤)، وبهذا العبدُ فهو حرٌّ، وبثوبٍ وبدابةٍ لم يبيَّن جنسهما، وتعليم القرآن^(٥)، وبخدمة الزوج الحرِّ لها سنة^(٦)) : وإنما قيَّد بالحرِّ؛ لأنه لو كان عبداً تَجِبُ الخدمةُ وسيجيء^(٧).

(وفي تزويج بنته أو أختها منه على تزويج بنته أو أختها منه معاوضةً بالعقدين)^(٨) : أي صحَّ النكاح في صورة تزويج بنته منه.

(١) لأن ذكرَ المهر ليس بشرط في انعقاده يدل عليه قوله تعالى : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَكُمْ تَنْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، فإنه يدلُّ على جواز الطلاق قبل فرض الفريضة : أي المهر، وهو لا يمكن بدون انعقاد النكاح فدلَّ ذلك على جوازه بدون ذكره وتعيينه، أو نفية، أو ما إذا كان مالا غير متقوم كالخمر، أو مجهول القيمة كمطلق الثوب، وغيرها.

(٢) الدَّن : وهو الراقود العظيم، أو أطول من الحبِّ، أو أصغر، له عُشٌّ لا يقعد إلا أن يحفر له ينظر : «القاموس» (٤ : ٢٢٥).

(٣) في أ ب و ت و ج و س و ص و ف و م : فهو.

(٤) لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية فصار كأنه تزوجها على الخمر خلافاً لهما، وكذا في العبد فإذا هو حر. ينظر : «مجمع الأنهر» (١ : ٢٤٧).

(٥) لأن المشروع هو الابتغاء بالمال المتقوم والتعليم ليس بمال فضلا عن التقوم. لكن لما جوز التأخرون أخذ الأجرة على تعليم القرآن والفقه جاز أن يكون مهراً. ينظر : «درر الحكام» (١ : ٣٤٢). «المختار» (١ : ٣٣٤).

(٦) لأنه فيه قلب الموضوع، وذكر سنة لنفي توهم صحة العقد بتعيين المدة، فإذا لم يصح في العين فهو المجهول أولى. ينظر : «حاشية الطحطاوي» (٢ : ٥٠).

(٧) (ص ٣٠).

(٨) المراد العقد المعقود عليه، وهو البضع. وهذا النكاح يسمى شفاراً، وهو منهي عنه تخلوه عن المهر ينظر : «رد المحتار» (٢ : ٣٣٣).

ولزِمَ مهرٌ مثلها في الجميع عند وطء، أو موت، ومتعة لا تزيد على نصفه ولا تنقص عن خمسة، وتعتبر بحالِه في الصحيح

وقوله: معاوضة؛ يمكن أن يكون تمييزاً، أو حالاً عن التزويج: أي حال كون التزويج تعويضاً لهذا العقد بذلك العقد، ولذلك العقد بهذا.

(ولزِمَ مهرٌ مثلها في الجميع عند وطء، أو موت)، اكتفي بذكر الوطء، ولم يذكر الخلوة؛ لأنه أراد الوطء حقيقة، أو دلالة، ففي الخلوة دلالة الوطء إقامة للدَّاعي مقام المدعو.

وقوله: أو موت؛ أي موت الزوج، أو الزوجة.

وعبارة «المختصر» هذا: وصَحَّ النكاحُ بلا ذكرِ مهر، ومع نفيه وبشيء غير مال متقوم، وبجهول جنسه، ويجب مهرُ المثل، كما مر^(١)، أو صفته^(٢)، فالوسط أو قيمته^(٣): أي صحَّ النكاحُ بجهول صفته، فيجب الوسط، أو قيمته.

(ومتعة^(٤) لا تزيد على نصفه ولا تنقص عن خمسة): أي لا تزيد على نصف مهر المثل، ولا تنقص عن خمسة دراهم^(٥).

(وتعتبر بحالِه في الصحيح)^(٦): لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ، وَعَلَى الْمُقْتَرِ

(١) أي في «النقاية» (ص ٧٨)، في قوله: وإن لم يسم بعدها: أي الخلوة.

(٢) عطف على جنسه، أي بجهول صفته دون جنسه. كان تزوجها على عبد، أو فرس، أو ثوب هروي، أو مكيل أو موزون غير الدراهم والدنانير مما علم جنسه دون صفته. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٥٨).

(٣) انتهى من «النقاية» (ص ٧٨ - ٨٨).

(٤) متعة: وهي ما وصلت به المرأة بعد الطلاق. ينظر: «اللسان» (٦: ٤١٢٨).

(٥) الدرهم: ٤.١١٦ غم 5×20.58 غم. ينظر: «المقادير الشرعية» (ص ٧٨)، و«الفقه الإسلامي وأدلته» (١: ١٤٤)، و«معجم الفقهاء» (ص ٤٠٤).

(٦) اختلفوا في اعتبار المتعة على أقوال:

الأول: تعتبر بحال الزوج أي غناه وفقره. وهو ما صححه المصنف، وصاحب «الهداية» (١):

٢٠٥، وظاهر اختيار السرخسي في «المبسوط» (٦: ٦٤).

الثاني: تعتبر بحال الزوجة، واختاره الكرخي والقُدوري.

الثالث: تعتبر بحالهما، فإن كانا غنيين قلها الأعلى من الثياب، أو فقيرين قل الأدنى، أو مختلفين

فالوسط، واختاره الخصاص، وصححه الولوالجي في «فتاواه»، ورجَّحه صاحب «البحر» (٣: ١٥٩)،

وقال ابنُ الهمام في «الفتح» (٣: ٣٢٨)، وملا خسرو في «الدرر» (١: ٣٤٣): وهو الأشبه بالفقه

واختاره صاحب «التنوير» (١: ٣٣٦)، وقال صاحب «الدر المختار» (٢: ٣٣٦): وبه يفتى

وهي درع، وخمار، وملحفة بطلاق قبل الوطء والخلوة، وفي خدمة الزوج العبد لها هي، وللمفوضة بكسر الواو ما فرض لها إن وطئت، أو مات عنها، والمنعة إن طلقت قبل الوطء، وما زيد على المهر يجب، ويسقط بالطلاق قبل الوطء، وصح حطها عنه

قدره^(١) الآية، وعند الكرخي^(٢) تعتبر بحالها. (وهي درع^(٣)، وخمار^(٤)، وملحفة^(٥) بطلاق قبل الوطء والخلوة): أي في الصور المذكورة، وهي قوله بلا ذكر المهر إلى آخره. (وفي خدمة الزوج العبد لها هي): أي يجب هي: يعني الخدمة في النكاح بخدمة الزوج العبد لها.

(وللمفوضة^(٥) بكسر الواو ما فرض لها إن وطئت، أو مات عنها^(٦))، والمنعة إن طلقت قبل الوطء): المفوضة هي التي نكحت بلا ذكر المهر، أو على أن لا مهر لها، ثم إن تراضيا على مقدار، فلها ذلك المفروض إن وطئها، أو مات عنها، والمنعة إن طلقها قبل الوطء، وعند أبي يوسف^(٧)، وهو قول الشافعي^(٨) لله لها نصف المفروض.

(وما زيد على المهر يجب، ويسقط بالطلاق قبل الوطء^(٨))، وصح حطها عنه: أي حط المرأة عن الزوج، ولم يذكر مفعول الحط ليدل على العموم، كما في قوله: فلأن يعطي ويمنع، فيدل على حط كل المهر وبعضه، والزيادة في صورة زاد على المهر عنه^(٩).

(١) من سورة البقرة، الآية (٣٦).

(٢) الدرع: وهو قميص النساء. ينظر: «طلبه الطلبة» (ص ١٦).

(٣) الخمار: وهو ما تغطي به المرأة رأسها. ينظر: «المقرب» (ص ١٥٥).

(٤) والملحفة: ما تلتحف به المرأة من قرناتها إلى قدمها وهذا أدنى المنعة. ينظر: «العمدة» (٢: ٣٦).

(٥) مفوضة: من التفويض: وهو التزويج بلا مهر وفوضت بضعها: أي أذنت لوليها في تزويجها بغير نسبة

مهر، وأصله من الإطلاق، ومنه قوم فوضى: لا رئيس لهم. ينظر: «تصحيح التبيين» (ص ١٠٨).

(٦) زيادة من أوب وس.

(٧) ينظر: «المنهاج» (٣: ٢٣١)، و«فتوحات الوهاب» (٤: ٢٥٠)، و«التجريد لنفع العبد» (٣: ٤١٦).

وغيرها.

(٨) وإنما سقط الزائد لكون الطلاق قبل الدخول، فإن كل ما لم يسم في العقد يطله الطلاق قبل الدخول

حتى لو كان بعده وجب الزيادة مع المسمى. ينظر: «درر الحكام» (١: ٣٤٣).

(٩) زيادة من ف و م.

وخلوة بلا مانع وطء حساً، أو شرعاً، أو طبعاً: كمرض يمنع الوطء، (وصوم رمضان، وإحرام بفرض، أو نفل، وحيض ونفاس، وتوكّده، كخلوة مجتوب، أو عتيّن، أو خصي، أو صائم قضاء في الأصح، ونذراً في رواية، ومع إحدى الخمسة المتقدمة لا، والصلاة كالصوم فرضاً، أو نفلاً

(وخلوة بلا مانع وطء حساً، أو شرعاً، أو طبعاً:

كمرض يمنع الوطء): هذا نظير المانع الحسي.

(وصوم رمضان، وإحرام بفرض، أو نفل): هذا نظير المانع الشرعي.

(وحيض ونفاس): هذا نظير المانع الطبيعي، ولا يضر أن يكون المانع الشرعي

موجوداً فيها.

(توكّده): أي توكّد المهر، فخلوة: مبتدأ، وتوكّده: خبره.

واعلم أن المراد بالخلوة اجتماعهما بحيث لا يكون معهما عاقل في مكان لا يطلع عليهما أحدٌ بغير إذنهما، أو لا يطلع عليهما أحدٌ للظلمة، ويكون الزوج عالماً بأنّها امرأته.

(كخلوة مجتوب^(١)، أو عتيّن^(٢)، أو خصي^(٣)، أو صائم قضاء في الأصح^(٤)، ونذراً في رواية^(٥)، ومع إحدى الخمسة المتقدمة^(٦) لا، والصلاة كالصوم فرضاً، أو نفلاً): أي لا تكون الخلوة صحيحة مع الصلاة المفروضة، كما في الصوم المفروض، وتكون صحيحة مع صلاة النفل، كما في صوم^(٧) النفل.

(١) مجتوب: أي مقطوع الذكر والخصيتين، وقيل: قطعهما ليس بشرط. ينظر: «رمز الحقائق» (١: ٢٥٣).

(٢) عتيّن: لا يقدر على إتيان النساء أو لا يشتهي النساء. ينظر: «المصباح المنير» (ص ٤٣٤).

(٣) خصي: قعيل بمعنى مفعول: وهو من سلّت خصيناه وبقي ذكره. ينظر: «المغرب» (ص ١٤٨).

(٤) لأنّ فيه روايتان في أصح الروايتين تصح الخلوة: لأن الذي يجب بالفطر قضاء يوم وهو يسير، كما في

صوم النفل. وفي الرواية الأخرى لا تصح الخلوة اعتباراً للقضاء بالأداء. ينظر: «المبسوط» (٥: ١٥٠).

(٥) وهي الأصح: لعدم وجوب الكفارة. ينظر: «الدر المنقذ» (١: ٣٥٠).

(٦) وهي المرض المانع من الوطئ وصوم رمضان والإحرام والحيض والنفاس لا يؤكّد المهر بنظر: «شرح

ابن ملك» (ق ١/٨٥).

(٧) في صوم: الصوم.

ونحب العدة في الكل احتياطاً، ونحب المتعة المطلقة لم توطأ، ولم يسم لها مهر، وتستحب لمن سواها إلا لمن سمي لها وطلقت قبل وطئ، وإن قبضت ألفاً سمي لها، ثم وهبته له، وطلقت قبل وطئ رجع عليها بنصفه

(ونحب العدة في الكل احتياطاً): أي في جميع ما ذكر من أقسام الخلوة، سواء وجد فيه المانع كالمرض، ونحوه، أو لم يوجد.
(ونحب المتعة المطلقة لم توطأ، ولم يسم لها مهر، وتستحب لمن سواها إلا لمن سمي لها وطلقت قبل وطئ).

المطلقات أربع:

١. مطلقة لم توطأ، ولم يسم لها مهر، فيجب لها المتعة.
 ٢. ومطلقة لم توطأ، وقد سمي لها مهر، فهي التي لم تستحب لها المتعة.
 ٣. ومطلقة قد وطئت، ولم يسم لها مهر.
 ٤. ومطلقة قد وطئت، وسمي لها مهر، فهاتان تستحب لهما المتعة.
- فالخاص: أنه إذا وطئها تستحب لها المتعة، سواء سمي لها مهر أو لا؛ لأن أوحشها بالطلاق بعدما سلمت إليه المفقود عليه: وهو البضع، فيستحب أن يعطيها شيئاً زائداً على الواجب: وهو المسمى في صورة التسمية، ومهر المثل في صورة عدم التسمية.

وإن لم يطأها:

ففي صورة التسمية تأخذ نصف المسمى من غير تسمية البضع، ولا يستحب لها شيء آخر.

وفي صورة عدم التسمية تجب المتعة؛ لأنها لم تأخذ شيئاً، وإبغاء البضع لا يفك عن المال.

(وإن قبضت ألفاً سمي لها، ثم وهبته له، وطلقت قبل وطئ رجع عليها بنصفه): لأنها قبضت تمام المسمى ولم يجب إلا النصف، فترد النصف، والألف الذي وهبته له^(١) لم يتعين أنه ألف المهر؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعين في العقود والفسوخ^(٢).

(١) زيادة من أوب وس.

(٢) أي المعاملات الشرعية: كالبيع والشراء، والفسوخ: أي فسخ المعاملات: كإقالة البيع ونحوه، مثلاً لو باع شيئاً بعشرة دراهم معينة لا يتعلق العقد بعينها حتى لو آداه المشتري غيرها أجزاء، ولو فسخ البائع والمشتري البيع ورد المشتري المبيع على البائع لا يجب على البائع تلك الدراهم التي قبضها من المشتري بأعيانها، بل رد ما يماثلها أيضاً كافراً. وكذا الحكم في كل مكيل وموزون، وأما الأعيان غير هذه الأشياء فتعين في العقود والفسوخ. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٤٠).

وإن لم تقبضه، أو قبضت نصفه، ثم وهبت الكل، أو ما بقي، أو وهبت عرض المهر قبل قبضه، أو بعده لا، وإن نكحها بالقبض على أن لا يخرجها، أو لا يتزوج عليها، أو بالقبض إن أقام بها، وبالفين إن أخرجها، فإن وقى، وأقام، فلها الألف، وإلا فمهر مثله (وإن لم تقبضه، أو قبضت نصفه^(١))، ثم وهبت الكل، أو ما بقي، أو وهبت عرض المهر قبل قبضه، أو بعده لا): أي لا يرجع عليها بشيء.

وصورة المسائل: أنها إن لم تقبض شيئاً، ثم وهبت الكل: أي حطته عن ذمة الزوج، ثم طلقها قبل الوطء، فلا شيء عليها؛ لأن حكم الطلاق قبل الدخول أن يسلم له نصف المهر، وقد حصل بل زيادة، والمرأة لم تأخذ شيئاً؛ لترده إليه، بخلاف المسألة الأولى، وهي التي قبضت ألفاً سمي، ثم وهبت له، وطلقت قبل وطء. وإن قبضت نصف المهر، ثم وهبت الكل له، أو وهبت الباقي، ثم طلقها قبل الوطء، فإنه لا شيء عليها لما ذكرنا^(٢).

ولو كان المهر عرضاً فقبضته، ثم وهبته له، أو لم تقبضه فحطته عن ذمته، ثم طلقها قبل الوطء فلا شيء عليها.

أما في صورة عدم القبض فلما مر^(٣).

وأما في في صورة القبض فكذلك؛ لأنها وهبت العرض له، فانتقض قبل المهر؛ لأن العروض متعينة بخلاف المسألة الأولى، فإن الدراهم غير متعينة.

(وإن نكحها بالقبض على أن لا يخرجها^(٤))، أو لا يتزوج عليها، أو بالقبض إن أقام بها، وبالفين إن أخرجها، فإن وقى): أي فيما نكحها على أن لا يخرجها أو لا يتزوج عليها، (وأقام): أي فيما نكحها بالقبض إن أقام بها، وبالفين إن أخرج، (فلها الألف، وإلا فمهر مثله): هذا عند أبي حنيفة رحمته الله، فعنده الشرط الأول صحيح دون الثاني.

(١) قيد بقبض النصف للاحتراز عما إذا قبضت أكثر من النصف وهبت الباقي، فإنها ترد عليه ما زاد على النصف عنده كما لو قبضت ستمئة وهبت أربعمئة، فإنه يرجع بمئة وعندهما يرجع بنصف المقبوض فترد ثلاثمئة. ينظر: «البحر الرائق» (٣: ١٧١).

(٢) أي في الصورة الأولى الواردة في الفقرة السابقة.

(٣) أي قبل أسطر: من حصول المقصود له وهو سلامة النصف مع زيادة....

(٤) أي لا يسافر بها من تلك البلدة، أو يخرجها من مكان ما. ينظر: «الدر المنثور» (١: ٣٥٢).

لكن في الثانية لا يزاؤ على ألفين، ولا ينقص عن ألف، وإن نكح بهذا، أو بهذا، فلها مهر المثل إن كان بينهما، والأخس لو دونه، والأعز لو فوقه، ولو طُلقت قبل وطء فنصف الأخس إجماعاً

وعندهما الشرطان صحيحان^(١).

وعند زفر^(٢) كل منهما فاسد^(٣).

(لكن في الثانية لا يزاؤ على ألفين، ولا ينقص عن ألف): المراد بالثانية المسألة الثانية، وهو قوله: أو بألف إن أقام بها وبألفين إن أخرجها؛ فإنه إن أخرجها يجب مهر المثل، لكن إن كان مهر المثل أكثر من ألفين لا تجب الزيادة، وإن كان أقل من ألف يجب الألف، ولا ينقص منه شيء؛ لاتفاقهما على أن المهر لا يزيد على ألفين، ولا ينقص عن ألف.

(وإن نكح بهذا، أو بهذا، فلها مهر المثل إن كان بينهما، والأخس لو دونه، والأعز لو فوقه): أي إن نكح بهذا العبد، أو بذلك، وأحدهما أكثر قيمة من الآخر، يجب مهر المثل إن كان بين قيمتي العبدتين، ويجب العبد الأقل قيمة إن كان مهر المثل دون قيمة هذا العبد، ويجب العبد الأكثر قيمة إن كان مهر المثل فوق قيمته، فعلمت أنه إذا كان مهر المثل مساوياً لقيمة أحدهما يجب هذا العبد،^(٤) وقالوا: لها الأدنى في ذلك كله^(٥)، (ولو طُلقت قبل وطء فنصف الأخس إجماعاً).

(١) لأنهما عقدان يبدلين معلومين فوجب تصحيحهما على وجه التخيير، كما صح فيما إذا تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وعلى ألفين إن كانت جميلة، وله: إن الشرط الأول صحيح بالاتفاق فتعلق العقد به وصحت التسمية التي معه، والشرط الثاني غير صحيح؛ لأن الجهالة نشأت منه؛ ولأنه مناف لموجب ما صح وهو الشرط الأول؛ لأن موجه مهر المثل عند عدم الإبقاء ومنافي موجب ما صح غير صحيح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، ومهر المثل هو الأصل فوجب الرجوع إليه. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٥٣).

(٢) لأنه ذكر بمقابلة شيء واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل، وهما الألف والألفان، فتص التسمية للجهالة ويجب مهر المثل. ينظر: «العناية» (٣: ٣٥١ - ٣٥٢).

(٣) لأن الأخس مسمى بيقين؛ لأنه أقل، ولا يصار إلى مهر المثل مع المسمى، وله: إن الأصل: مهر المثل وإنما يترك عند صحة المسمى، وهو مجهول لدخول كلمة: أو؛ فيكون فاسداً، وقامه في «الاختيار» (١: ١٤٠).

(٤) زيادة من م.

وإن نكح بهذين العبدین، وأحدهما حرّاً، فلها العبدُ فقط إن ساوى عشرة. وإن شرط البكارة ووجدها ثيباً لزمه الكلّ. وصحّ إمهارُ فرس، وثوبُ هروي بالغ في وصفه أو لا، ومكيل وموزون بين جنسه لا صفته، يجبُ الوسطُ أو قيمته، وإن بينَ جنسَ المكيل، والموزون، ووصفه فذاك، وإلا فمهرُ المثل

وإن نكح بهذين العبدین، وأحدهما حرّاً، فلها العبدُ فقط إن ساوى عشرة^(١). وإن شرط البكارة ووجدها ثيباً لزمه الكلّ^(٢).

وصحّ إمهارُ فرس، وثوبُ هروي^(٣) بالغ في وصفه أو لا، ومكيل وموزون بين جنسه لا صفته، يجبُ الوسطُ أو قيمته، وإن بينَ جنسَ المكيل، والموزون، ووصفه فذاك، وإلا فمهرُ المثل^(٤).

(١) في م: عشرة. وورد في ق: وإلا فمهر كمثلها، وفي م: وإلا فمهر مثلها. وفي هذه الزيادة نظر: لأنه إذ لم يساو عشرة لها تمام العشرة؛ لأن الإشارة معتبرة عند الإمام، فكأنه قال: تزوجتك على هذا الحر وعلى هذا العبد، ولا يصار إلى مهر المثل؛ لأنه لا يجتمع مع المسمى، وعند أبي يوسف العبد مع قيمة الحر لو كان عبداً، وعند محمد العبد وتام مثل المهر إن هو أقل منه. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ٨٦/١). و«اللتقى» (ص ٥٣).

(٢) أي كل مهر المثل بلا تسمية، أو المسمى بلا نقصان ولا عبرة بالشرط؛ لأن المهر إنما شرع لمجرد الاستمتاع دون البكارة، وكذا إن شرط أنها شابة فوجدها عجوزاً. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٥٥). و«رد المحتار» (٣: ١٢٥).

(٣) ثوب هروي: بالتحريك، ومروي بالسكون، منسوب إلى هرة ومرو قرينان معروفان بخراستان، وعن خواهرزاده: هما على شط القرات ولم نسمع ذلك لغيره وفي «الأشكال»: سوى هرة خراسان هرة أخرى بنواحي إصطخر من بلاد فارس. ينظر: «المغرب» (ص ٥٠٣).

(٤) مبنى هذا المسائل على مقدار الجهالة، والجهالة أنواع: الأولى: جهالة النوع والوصف: كقوله: ثوب أو دابة أو دار، فلا تصح هذه التسمية لتفاوتها تفاوتاً فاحشاً في الصور والمعاني فيجب مهر المثل، وكذا التسمية مع الخطر، كقوله على ما في بطن عمه أو ما يحمله غنله هذه السنة.

الثانية: ما هو معلوم النوع مجهول الصفة: مثل قوله: عبد، أو فرس، أو بقرة، أو شاة، أو ثوب هروي، فإنه تصح التسمية، ويجب الوسط منه لأنه ذو حظ من الجيد والردئ، وتامه في «الاحتيار» (١: ١٤١).

ولا يجب شيء في عقد فاسد، وإن خلا بها، فإن وطئ فمهر المثل، لا يزاو على ما سمي، ويثبت النسب، ومدته من وقت دخوله عند محمد ﷺ، وبه يفتى، ومهر مثلها مهر مثلها من قوم أبيها وقت العقد، ستاً، وجمالاً، ومالاً، وعقلاً، وديناً وولداً وعصراً، وبكارة، وثيابة، فإن لم يوجد منهم فمَن الأجانب

ولا يجب شيء في عقد فاسد^(١)، وإن خلا بها^(٢)، فإن وطئ فمهر المثل، لا يزاو على ما سمي: أي إن كان مهر المثل مساوياً للمسمى، أو أقل، فمهر المثل واجب، وإن كان أكثر لا تجب الزيادة، (ويثبت النسب^(٣))، ومدته من وقت دخوله عند محمد ﷺ، وبه يفتى: أي إن كان من وقت الدخول إلى وقت الوضع ستة أشهر يثبت النسب، وإن كان أقل لا، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ يعتبر من وقت النكاح، كما في النكاح الصحيح.

(ومهر مثلها مهر مثلها من قوم أبيها وقت العقد): أي يثبت مهر مثلها، لئلا يثبته بقوله: مهر مثلها، فيراد بالأول المعنى المصطلح شرعاً، وبالثاني المعنى اللغوي: أي مهر امرأة مماثلة لها، وهي من قوم أبيها^(٤)، ثم بين ما به الماثلة، بقوله: (ستاً^(٥))، وجمالاً^(٦)، ومالاً، وعقلاً^(٧)، وديناً^(٨) وولداً وعصراً، وبكارة، وثيابة، فإن لم يوجد منهم فمَن الأجانب^(٩)

(١) العقد الفاسد: هو الذي فقد شرطاً من شرائط الصحة كشهود، أو تزويج الأختين، أو المعتدة، أو الخامسة في عدة الرابعة، والأمة على الحرية. ينظر: «الدر المختار» (١: ٣٥٠).

(٢) زيادة من س، وفي ب: لها.

(٣) لأن النسب يحاط في إثباته إحياء للولد، وكذا يثبت العدة تحرزاً عن اثبات النسب. ينظر: «كشف الحقائق» (١: ١٧٧).

(٤) لأن المرأة تنسب إلى قبيلة أبيها وتُشرفُ بهم، وسئل الصغار: عن امرأة زوّجت نفسها بغير مهر، وليس لها مثال في قبيلة أبوها في المال والجمال، فقال: ينظر إلى قبيلة أخرى مثل قبيلة أبيها فيقضى لها بمثل مهر مثلها من نساء تلك القبيلة. ينظر: «الجوهر النيرة» (٢: ٢٠).

(٥) المراد بالسن الصغر أو الكبر. ينظر: «البحر الرائق» (٣: ١٨٥).

(٦) وقيل: لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف، وإنما يعتبر ذلك في أوساط الناس إذ الرغبة بهر للجمال بخلاف بيت الشرف. ينظر: «تبيين الحقائق» (٢: ١٨٤).

(٧) أي من حيث العقل فلا يعتبر بالمجنونة. ينظر: «رمز الحقائق» (١: ١٥٧).

(٨) أي ديانة وصلاًحاً. ينظر: «جامع الرموز» (١: ٢٨٩).

(٩) أي وإن لم يوجد من قبيلة أبيها من هي مثلها يعتبر مهر مثلها من الأجانب من قبيلة هي مثل قبيلة أبيها ينظر: «درر الحكام» (١: ٣٤٦).

لا مهر أمها وخالتها إلا إذا كانتا من قوم أبيها، وصح ضمان وليها مهرها، ولو صغيرة، وتطالب أياً شاءت، ولو أدى رجوع على الزوج إن ضمن بأمره وإلا فلا، ولها منعة من الوطء والسفر بها، والثقة لو منعت، ولو بعد وطء، أو خلوة برضاها، قبل أخذ ما يبين تعجيله كلاً أو بعضاً، أو قذر ما يعجل لمثلها من

لا مهر أمها وخالتها إلا إذا كانتا من قوم أبيها: أي إذا كانت أمها بنت عم أبيها. (وصح ضمان وليها مهرها^(١))، ولو صغيرة، وتطالب أياً شاءت^(٢)، ولو أدى رجوع على الزوج إن ضمن بأمره وإلا فلا: (إنما قال: ولو صغيرة؛ لأنها إذا كانت صغيرة، فمطالب المهر ليس إلا وليها، فيتوهم أنه لا يجوز الضمان؛ لأنه باعتبار الضمان يكون مطالباً، فيكون الشخص الواحد مطالباً ومطالباً، لكن لا اعتبار لهذا الوهم؛ لأن حقوق العقد هنا راجعة إلى الأصل، فالولي سفير ومعبر بخلاف البيع، فإنه إذا باع الأب مال الصغير لا يجوز أن يضمن الثمن؛ لأن الحقوق راجعة إلى العاقد. (ولها منعة من الوطء والسفر بها، والثقة لو منعت): أي لها الثقة على تقدير المنع^(٣)، (ولو بعد وطء، أو خلوة برضاها): احتراز عن قولهما: فإنه إذا وطئها، أو خلا بها مرة برضاها لا يبقى لها حق المنع؛ لأنها سلمت إليه المعقود عليه، فلا يكون لها حق الاسترداد، ولأبي حنيفة عليه السلام أن كل وطأة معقود عليها، فتسليم البعض لا يوجب تسليم الباقي.

(قبل أخذ ما يبين تعجيله كلاً أو بعضاً)^(٤): الظرف وهو: قبل؛ متعلق بقوله: ولها منعة، ثم عطف على قوله: ما يبين تعجيله؛ قوله: (أو قذر ما يعجل لمثلها من

(١) هذا يتناول ولي الصغير بأن يزوج ابنة الصغير امرأة ضمن عنه مهرها صح ضمانه، ويتناول أيضاً: ولي الصغيرة والكبيرة بأن يزوج ابنته الصغيرة أو الكبيرة وهي بكر أو مجنونة، ثم ضمن عن الزوج مهرها صح، وهذا في صحة الولي وأما في مرض الموت فلا؛ لأنه تبرع لوارثه في مرض الموت وإن لم يكن وارثاً له فالضمان في مرض الموت من الثلث. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٥٧).

(٢) من الولي الضامن أو زوجها البالغ ولها مطالبة أب الصغير ضمن أو لم يضمن. ينظر: «الشرنبلالية» (١: ٢٤٦).

(٣) أي يجب على الزوج نفقتها عند الإمام ولو منعت نفسها عنه لأجل مهرها؛ لأنه منع لاستيفاء حقها.

ينظر: «ذخيرة العقبى» (ص ١٩٠).

(٤) أي سواء كان المعجل كل المهر، أو بعضه.

مثل مهرها عرفاً غير مقدّر بالرّبع أو الخمس إن لم يبيّن، والسّفَرُ والخروجُ للحاجة،
وزيارة أهلها بلا إذنه قبل قبضه، لا بعده، ولا لها المنع؛ لقبض الكلّ في المختار

مثل مهرها عرفاً غير مقدّر بالرّبع أو الخمس إن لم يبيّن^(١) : لفظ «المختار»
هذا : والمعجلُ والمؤجلُ إن بيّنا فذاك^(٢) ، وإلا فالمتعارف^(٣) .

(وَالسّفَرُ وَالْخُرُوجُ لِلْحَاجَةِ، وَزِيَارَةُ أَهْلِهَا بِلَا إِذْنِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ) : أي ولها
السّفَرُ... إلى آخره قبل قبضِ المعجلِ ، (لا بعده، ولا لها المنع؛ لقبضِ الكلّ في
المختار)^(٤) : أي إن لم يبيّن المعجلُ والمؤجلُ لا يكون لها ولاية منع النَّفس ؛ لأخذ كلِّ
المهر ، فهذا الحكم قد فهم مما تقدّم ، فإنه ... قال : أو قدّر ما يعجلُ... إلى قوله : أن له
يبيّن ؛ فتقيّد ولاية المنع بقدرِ المعجلِ يدلُّ بطريقِ المفهوم على أن ليس لها المنع ؛ لقبضِ
الرّائِدِ على هذا المعجلِ^(٥) ، ولا خلاف^(٦) في أن التّخصيصَ بالدّكر في الروايات يدلُّ على
نفي الحكم عمّا عداه ، لكن أراد التّصريح بهذا ؛ ليدلُّ على أنّه مختلف فيه ، والمختار
هذا ، فإنّ المتأخّرين اختاروا هذا بناءً على المتعارف ، وإن كان أصلُ المذهب أن لها ولاية
المنع ؛ لأخذ كلِّ المهر إذا لم يبيّن مقدار مهر^(٧) المعجلِ والمؤجلِ ؛ لأنّ المهر عوض
البضع ، فما لم تقبض كلَّ العوض لا يجب عليها تسليم البضع .

(١) أي التعجيل كلا أو بعضاً وكذا تأجيل الكلّ فإنه لو اشترط تأجيل الكلّ أو تعجيل الكلّ أو تعجيل
البعض وتأجيل البعض لا يعتبر العرف ؛ لأن الصريح يفوق الدلالة ، وإنما يضطر إلى الدلالة عند انقضاء
الصريح . ينظر : «عمدة الوقاية» (١ : ٤٦) .

(٢) أي فما بيّناه هو المعجلُ والمؤجلُ سواء بيّنا تعجيل الجميع أو تأجيله ، أو تعجيل البعض ، وإلا أي وإن
لم يبيّن المتعارف فإن كانا في موضع يعجل فيه البعض ويؤجل الباقي إلى الطلاق أو الموت ينظر كـ
المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر في متعارف أولئك القوم . ينظر : «كمال الدراية» (ق ٢٣٥) .

(٣) انتهى من «النقاية» (ص ١٨٠) .

(٤) وفي «الدر المختار» (٢ : ٣٥٨) : وبه يفتى . واختاره في «الملقّى» (ص ٥٣) ، و«غرر الأحكام» (١ :
٣٤٦) ، وغيرها .

(٥) زيادة من أ و ب و س .

(٦) أي لا خلاف في اعتبار مفهوم المخالفة والشرط والصفة في العبارات والروايات الفقهيّة ، وإنما هو غير
معتبر عند الأحناف في النصوص الشرعية خلافاً للشافعيّ .

(٧) زيادة من أ و ب و س .

ولا لو أُجِّلَ كُلُّهُ، وله السَّفرُ بها بعد أدائه في ظاهر الرواية، وقيل: لا، وبه أفتى
الفتية أبو الليث، وله ذلك فيما دون مدته، وإن اختلفا في المهر: ففي أصله: يجب
مهر المثل إجماعاً

(ولا لو أُجِّلَ كُلُّهُ): فإِنَّهُ لو أُجِّلَ الكلُّ فقد، سقطَ "ولاية أخذ" حقها، فلا
يكون لها منع النفس؛ لأخذه^(١).

(وله السَّفرُ بها بعد أدائه في ظاهر الرواية): أي بعد^(٢) أداء ما يَبِينُ تعجيله، أو
فَدَرَ ما يُعَجِّلُ لمثلها في ظاهر الرواية، (وقيل: لا، وبه أفتى الفقيه أبو الليث^(٤))، وله
ذلك فيما دون مدته^(٥): أي له نقلها فيما دون مدَّة السَّفر.
(وإن اختلفا في المهر:

ففي أصله: يجب مهر المثل إجماعاً): أي إن اختلفا "في المهر"، فقال: أحدهما لم

(١) زيادة من م.

(٢) هذا قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف ليس له أن يدخل بها حتى يوفى بها مهرها. ينظر: «شرح
ملا مسكين» (ص ١٠٣).

(٣) زيادة من أ.

(٤) وهو نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي الحنفي، أبو الليث الفقيه، إمام الهدى، قال
الداودي: هو الإمام الكبير صاحب الأقوال المفيدة، والتصانيف المشهورة. ومن مؤلفاته: «مختارات
النازل»، و«خزانة الفقه»، و«عيون المسائل»، و«تفسير القرآن»، و«بستان العارفين»، و«تبيه
الغافلين»، (ت ٣٧٥ هـ). ينظر: «تاج التراجم» (ص ٣١٠)، «طبقات المفسرين» (٢: ٣٤٥)،
«الفوائد» (ص ٣٦٢).

(٥) اختلفوا في أنه هل له السفر بها بعد أداء مهرها على أقوال:

الأول: أنه له السفر بها، وهو ظاهر الرواية، واختاره ظهير الدين المرغيناني، وفي «التجنيس»:
الفتوى عليه، وبه أفتى صاحب «ملقى البحار»، واختاره صاحب «التنوير» (٢: ٣٦٠) واشترط أن
يكون الزوج مأموناً.

الثاني: ليس له السفر بها مطلقاً دون رضاها؛ لأن الغريب يمتنع، وبه أفتى أبو الليث. ومحمد
ابن سلمة، واختاره أبو القاسم الصفار، وفي «المختار» (١: ١٤٤)، و«الفر» (١: ٣٤٧)،
و«الملقى» (ص ٥٤): عليه الفتوى.

الثالث: تفويض الأمر فيه إلى المفتي، واختاره صاحب «اليزانية»، وابن عابدين في «رد المختار»
(٢: ٣٦٠ - ٣٦١). ينظر: «المحيط» (ص ٢٨١)، و«البنية» (٤: ٢٥٦ - ٢٥٧).

(٦) زيادة من ب.

وفي قدره حال قيام النكاح: القول لمن شهد له مهر المثل مع مميته، وأي أقام بيته قبلت شهد مهر المثل له أو لها، وإن أقاما فيئنتها إن شهد له، ويئنته إن شهد لها، وإن كان بينهما محالفاً، وإن حلفاً أو أقاما قضى به

يسم مهر، وقال الآخر: قد سمي، فإن أقام البيته فلا شك في قبولها، وإن لم يسم فعندهما يحلف، فإن نكل يثبت دعوى التسمية، وإن حلف يجب مهر المثل، وأما عند أبي حنيفة رحمته، ينبغي أن لا يحلف^(١)؛ لأنه لا يحلف في النكاح، فيجب مهر المثل.

(وفي قدره حال قيام النكاح: القول لمن شهد له مهر المثل مع مميته): أي إن كان مهر المثل مساوياً لما يدعيه الزوج، أو أقل منه، فالقول له مع اليمين، وإن كان مساوياً لما تدعيه المرأة، أو أكثر منه، فالقول لها مع اليمين.

(وأي أقام بيته قبلت شهد مهر المثل له أو لها): وذلك لأن المرأة تدعي الزيادة، فإن أقامت بيته قبلت، وإن أقام الزوج وحده تقبل أيضاً؛ لأن البيته تقبل لدفع اليمين كما إذا أقام المودع بيته على ردّ الوديعة إلى المالك تقبل.

(وإن أقاما فيئنتها إن شهد له، ويئنته إن شهد لها): لأن البيئات شرعت لإثبات ما هو خلاف الظاهر، واليمين شرعت لابقاء الأصل على أصله، وقال الشير صلي الله عليه وسلم: «البيته على المدعي واليمين على من أنكر»^(٢)، والأصل في النكاح أن يكون مهر المثل، فالذي يدعي خلاف ذلك فيئنته أقوى.

(وإن كان بينهما محالفاً): أي إن كان مهر المثل بين ما يدعيه الزوج والمرأة، ولا بيته لأحدهما محالفاً، (وإن حلفاً^(٣) أو أقاما قضى به): أي بمهر المثل، فإن حلفاً قضى بمهر

(١) هذه من مسامحات الشارح رحمه الله، وقد نبه عليه من جاء بعده كمالاً خسرو في «درر الحكام» (٣٤٧)، وابن كمال باشا في «الابيضاح» (ق١/٤٨)، وابن نجيم في «البحر» (٣: ١٩٧)، وابن عاتير في «منحة الخالق» (٣: ١٩٧)، وغيرهم؛ لأن التحليف هنا على المهر لا على أصل النكاح، وفيها الخفاء بالاجتماع.

(٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: إن رسول الله ﷺ قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البيته على المدعي واليمين على من أنكر...) في «سنن البهقي الكبير» (١: ٢٥٢)، قال النووي: حديث حسن. وفي «صحيح البخاري» (٤: ١٦٥٦)، و«صحيح مسلم» (٣: ١٣٣٦) بلفظ: (واليمين على المدعي عليه). وينظر: «تلخيص الخبير» (٤: ٢٠٨)، و«كشف الخفاء» (١: ٣٤٢)، وغيرها.

(٣) ويجب أن يقرع في البداءة بالتحليف لعدم الرجحان لأحدهما وقال القدوري: يئندى بيمين الزوج وليهما نكل يلزم ما قال الآخر. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٦٠).

وفي الطلاق قبل الوطء حكم متعة المثل، وإن كانت بينهما محالفا، وموت أحدهما كحياتهما في الحكم. وبعد موتهما: ففي القدر القول لورثته، وفي أصله لم يقض للمنكر بشيء، وقالوا: قضى بمهر المثل، وبه يقتضى

المثل، وكذا إن أقام كل منهما البيّنة، وإن أقام أحدهما فقط تقبل بيّنته، ولم يذكر هذا القسم لظهوره، وهذا الذي ذكرنا هو في حال قيام النكاح، فأراد أن يبين الاختلاف بعد رفوع الطلاق، فقال:

(وفي الطلاق قبل الوطء حكم متعة المثل)^(١): أي إن كان متعة المثل مساوية لنصف ما يدعيه الزوج، أو أقل منه، فالقول له، وإن كانت مساوية لنصف ما تدعيه المرأة، أو أكثر منه، فالقول لها، وأي أقام بيّنة قبلت، وإن أقاما فيبينها أولى^(٢) إن شهدت له، ويثبت إن شهدت لها^(٣). (وإن كانت بينهما محالفا)، فإن حلف نجب متعة المثل.

(وموت أحدهما كحياتهما في الحكم)^(٤).

وبعد موتهما: ففي القدر القول لورثته^(٥)، وفي أصله لم يقض للمنكر^(٦) بشيء^(٧)، وقالوا: قضى بمهر المثل، وبه يقتضى^(٨).

(١) متعة المثل: وهي ما تمتع به مثل تلك المرأة في الأوصاف السابق ذكرها. ينظر: «العمدة» (٢: ٥٠).

(٢) زيادة من أوب.

(٣) أي إن أقاما البيّنة فيبينها مقدّمة إن شهد له المتعة، ويثبت مقدّمة إن شهد لها المتعة؛ لأن البيّنات لإثبات خلاف الظاهر. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٣٦٢).

(٤) أي الجواب فيه كالجواب في حال حياتهما حال قيام النكاح في الأصل والقدر؛ لأن مهر المثل لا يسقط اعتباره بموت أحدهما ألا يرى أن للمفوضة مهر المثل إذا مات أحدهما. ينظر: «درر الحكام» (١: ٣٤٨).

(٥) يعني إن ماتا فاختلف ورثتهما في مقدار المسمى فالقول لورثة الزوج، ولا يحكم مهر المثل عند أبي حنيفة رحمته، وتماه في «شرح ابن ملك» (١/٨٨).

(٦) زيادة من ف و م.

(٧) أي القول لمنكر التسمية ولم يقض بشيء ما لم يبرهن على التسمية، لأن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فلا يمكن للقاضي أن يقدر مهر المثل. ينظر: «الهداية» (١: ٢١٣).

(٨) صرح بأن الفتوى عليه صاحب (الفر)، (١: ٣٤٨)، و«الإيضاح» (١/٤٨)، و«الملتقى» (ص ٥٤).

و«التنوير» (٢: ٣٦٢)، وغيرها.

وإن بعث إليها شيئاً، فقالت: هو هدية، وقال مهر، فالقول له إلا فيما هيءة للأكل، فإن نكح ذمي ذميّة، أو حربي حربيّة ثمّة بميّة، أو بلا مهر، وإذا جائز عندهم، فوطئت، أو طُلِّقَتْ قبله، أو مات أحدهما، فلا مهر لها. وإن نكحها بمهر، أو خنزير عَيْن، ثم أسلما، أو أسلم أحدهما، فلها ذلك، وفي غير عَيْن فقيمة الخمر فيها، ومهر المثل في الخنزير

وإن بعث إليها شيئاً، فقالت: هو هدية، وقال مهر، فالقول له ^(١) إلا فيما هيءة للأكل): كالخنزير بخلاف الحنطة.

(فإن نكح ذمي ذميّة، أو حربي حربيّة ثمّة): أي في دار الحرب، (بميّة، أو بلا مهر، وإذا جائز عندهم): أي والحال أن النكاح بلا مهر يجوز عندهم، ولا يجب شيء؛ وإنما قال هذا لأنه إن لم يجز هذا في دينهم، أو يجب المهر عندهم لا يكون حكم المسألة عدم وجوب المهر، (فوطئت، أو طُلِّقَتْ قبله، أو مات أحدهما، فلا مهر لها. وإن نكحها بمهر، أو خنزير عَيْن، ثم أسلما، أو أسلم أحدهما، فلها ذلك ^(٢))، وفي غير عَيْن فقيمة الخمر فيها، ومهر المثل في الخنزير)؛ لأن الخمر عندهم مثلي كالحل عندنا، ولا يحل أخذها، فإيجاب القيمة يكون إعراضاً عن الخمر، وأما الخنزير فمن ذوات القيم عندهم كالشاة عندنا، فإيجاب القيمة لا يكون إعراضاً عنه، فيجب مهر المثل إعراضاً عن الخنزير. ^(٣) والله أعلم ^(٤).

(١) أي مع اليمين فإن حلف والمبعوث قائم فلها أن تردّها وترجع بما بقي من المهر. ينظر: «الإيضاح» (٤٨٩).

(٢) أي المعين من الخمر أو الخنزير عند الإمام؛ لأنها ملكته بالعقد والإسلام لا يمنع قبضه، فتخلل الخمر وتسبب الخنزير، والأولى أن تقتله. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٦٣)، و«الدر المختار» وحاشيته «٢٠ المختار» (٢: ٣٦٨).

(٣) زيادة من ق.

باب نكاح الرقيق والكافر

نكاحُ القَيْنِ، والمكاتب، والمُدَبَّر، والأمة، وأمُّ الولدِ بلا إذنِ السَّيِّدِ موقوفٌ إن أجاز له نكاحُ القَيْنِ، وإن رُدَّ بطلَ، فإن نكحوا بالإذن، فالْمَهْرُ عليهم، وبيعُ القَيْنِ فيه لا الأخران، بل يسعيان، وقولُه: طلقها رجعيةً فهو إجازة؛ لا طلقها، أو فارقها، وإذنه لعبدِه بالنكاحِ بعمٍّ جائزٌ وفاسدٌ، فبياعُ العبدِ لمهرٍ مَنْ نكحها فاسداً بعد إذنه فوطئها، ولو نكحها ثانياً، أو أخرى بعدها صحيحاً وَقَفَ على الإجازة

باب نكاح الرقيق والكافر

(نكاحُ القَيْنِ، والمكاتب، والمُدَبَّر، والأمة، وأمُّ الولدِ بلا إذنِ السَّيِّدِ موقوفٌ إن أجاز له^(١) نكاحُ القَيْنِ، وإن رُدَّ بطلَ، فإن نكحوا بالإذن، فالْمَهْرُ عليهم، وبيعُ القَيْنِ فيه^(٢) لا الأخران): أي المكاتب، والمُدَبَّر، (بل يسعيان^(٣))، وقولُه: طلقها رجعيةً فهو^(٤) إجازة؛ لا طلقها، أو فارقها): أي إذا تزوجَ عبدٌ بغيرِ إذنِ مولاه، فقال المولى: طلقها رجعيةً، فهو إجازة؛ لأنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ يقتضي سبقَ النِّكَاحِ بخلاف طلقها، إذ يمكن أن يكون المرادُ اتركها، وهذا المعنى أليقُ بالعبدِ المتمرد، وأمَّا فارقها فهو أظهرُ في هذا المعنى

(وإذنه لعبدِه بالنكاحِ بعمٍّ جائزٌ وفاسدٌ، فبياعُ العبدِ لمهرٍ مَنْ نكحها فاسداً بعد إذنه فوطئها)،^(٥) وإن لم يطأ العبدُ في النكاحِ الفاسدِ لا يجب المهرُ^(٦).
(ولو نكحها ثانياً^(٧) أو أخرى بعدها صحيحاً وَقَفَ على الإجازة): أي لو

(١) زيادة من أوب و س.

(٢) أي المهر على القَيْنِ وغيره، وهو دين في رقة القَيْنِ فقط يباع فيه؛ لأنه دينٌ وجب في رقبته بفعله، وقد ظهر في حق المولى حيث وقع بإذنه، فيتعلق برقبته دفعاً للضرر عن المرأة، كما في ديون المأذون للتجارة. ينظر: «الاختيار» (٢: ١٤٤)، وغيره.

(٣) أي يسعيان في المهر والنفقة؛ لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير. ينظر: «درر الحكام» (١: ٣٤٩).

(٤) زيادة من ص.

(٥) زيادة من أوب و س و ص.

(٦) أي بعد الفاسد، وهو من ثمرة الخلاف لأنه إذا انتظم الفاسد عنده ينتهي به الإذن وإذا لم ينتظمه لا ينتهي به عندهما، فله أن يتزوج صحيحاً بعد بها أو بغيرها. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٢٧٤).

ولو زَوْجَ عَبْدًا مَدْيُونًا مَآذُونًا لَهُ صَحٌّ، وَسَاوَتْ غَرْمَاءَهُ فِي مَهْرٍ مِثْلِهَا، وَمَنْ زَوْجَ أَمَةٍ تَخْدُمُهُ، وَيَطْوَاهَا الزَّوْجُ إِنْ ظَفَرَ بِهَا، وَلَا تَحِبُّ التَّبَوُّتَ: وَهِيَ أَنْ يُخْلَى بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ فِي مَنْزِلِهِ، وَلَا يَسْتَحْدُمُهَا، لَكِنْ لَا نَفَقَةَ وَلَا سَكْنَى إِلَّا بِهَا، فَإِنْ بَوَّاهَا ثُمَّ رَجَعَ صَحٌّ وَسَقَطَتْ

نِكَحُهَا نِكَاحًا ثَانِيًا صَحِيحًا، أَوْ نَكَحَ امْرَأَةً أُخْرَى بَعْدَ تِلْكَ الْمَرْأَةِ نِكَاحًا صَحِيحًا، تَوَقَّفَ عَلَى الْإِجَازَةِ؛ لِأَنَّ الْإِجَازَةَ قَدْ انْتَهَتْ بِذَلِكَ النِّكَاحُ فِي الْفَاسِدِ.

(ولو زَوْجَ عَبْدًا مَدْيُونًا مَآذُونًا^(١) لَهُ صَحٌّ، وَسَاوَتْ غَرْمَاءَهُ^(٢) فِي مَهْرٍ مِثْلِهَا):
أَيُّ سَاوَتْ الْمَرْأَةَ غَرْمَاءَهُ فِي مَقْدَارِ مَهْرِ الْمِثْلِ: أَيُّ إِنْ بَاعَ الْعَبْدُ يَقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَالْغَرْمَاءِ بِالْحَصَّةِ، فَتَأْخُذُ بِحَصَّةِ مَهْرِهَا إِنْ كَانَ الْمَهْرُ أَقْلَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ مَسَاوِيًا، أَمَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا فَلَا تَأْخُذُ بِحَصَّةٍ مَا زَادَ،^(٣) بَلْ يُوْخَرُ إِلَى اسْتِيفَاءِ الْغَرْمَاءِ دِيُونَهُمْ^(٤).

(وَمَنْ زَوْجَ أَمَةٍ تَخْدُمُهُ، وَيَطْوَاهَا الزَّوْجُ إِنْ ظَفَرَ بِهَا، وَلَا تَحِبُّ التَّبَوُّتَ: وَهِيَ أَنْ يُخْلَى بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ): أَيُّ بَيْنَ لَأَمَةٍ وَالزَّوْجِ، (فِي مَنْزِلِهِ^(٥))، وَلَا يَسْتَحْدُمُهَا: أَيُّ الْمَوْلَى، (لَكِنْ لَا نَفَقَةَ^(٦) وَلَا سَكْنَى إِلَّا بِهَا): أَيُّ لَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ نَفَقَتُهَا أَوْ سَكْنَاهَا إِلَّا بِالتَّبَوُّتِ، (فَإِنْ بَوَّاهَا ثُمَّ رَجَعَ صَحٌّ): أَيُّ الرُّجُوعِ، (وَسَقَطَتْ): أَيُّ النِّفَقَةِ عَنِ الزَّوْجِ بِرُجُوعِ الْمَوْلَى عَنِ التَّبَوُّتِ.

(ولو خَدَمَتْهُ بِلَا اسْتِخْدَامِهِ لَا^(٧)): أَيُّ إِنْ خَدَمَتْ الْمَوْلَى بِلَا اسْتِخْدَامِهِ مَعَ وَجُودِ التَّبَوُّتِ لَا تَسْقُطُ النِّفَقَةُ عَنِ الزَّوْجِ، وَالتَّبَوُّتُ مُصْدَرُ بَوَّاءَتِهِ مَنْزِلًا، وَبَوَّاءَتُهُ إِذَا هَيَّأَتْ لَهُ مَنْزِلًا، وَالْمَوْلَى وَإِنْ لَمْ يَهَيِّءِ الْمَنْزِلَ، فَالتَّبَوُّتُ تَسْنُدُ إِلَيْهِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ يُمْكِنُ الزَّوْجُ مِنْ ذَلِكَ.

(١) زيادة من أ.

(٢) أي أصحاب الديون، وفيه تصريح بأن المهر كسائر الديون، فلو مات العبد وكان له كسب يوفَّر منه. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٣٧٥).

(٣) زيادة من أ و ب و س.

(٤) التقييد بمنزله اتفاقي؛ لأن الحكم يكون في أي منزل.

(٥) لأن النفقة جزاء احتباسها، فلا يوجد احتباسها إلا بتبوتها. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٦٥).

(٦) أي إذا بَوَّاهَا المولى فكانت تخدمه أحياناً من غير أن يستخدمها لم تسقط نفقتها عن الزوج، وكذا المبرة وأم الولد، وأما المكاتبه إذا تزوجها بإذن المولى فلها النفقة سواء بَوَّاهَا المولى معه أو لا؛ لأنها في بد نفسها لا حق للمولى في استخدامها. ينظر: «الجوهرية النيرة» (٢: ٨٤ - ٨٥).

وله إنكاح عبده وأمه مكرهاً، ولحرّة قتلّت نفسها قبل الوطء المهر كلّهُ، لا لمولى أمة قتلّها قبله، وزوج الأمة يعزل بإذن سيّدها، وخيّرت أمة ومكاتبة عتقت تحت حرّ أو عبد، أمة تُكحّت بلا إذن فعتقت نفذ، ولم تحيّر، وما سمي للسيد وإن زاد على مهر مثلها لو وطئت فعتقت، وإن عتقت أولاً فلها.

(وله إنكاح عبده وأمه مكرهاً): أي يزوّج كلّ واحدٍ بلا رضاه.

(ولحرّة قتلّت نفسها قبل الوطء المهر كلّهُ^(١))، لا لمولى أمة قتلّها قبله): أي قبل الوطء؛ لأنه^(٢) عَجِّلَ بالقتل، أخذ المهر، فجوزي بالحرمان، أمّا في الصّورة الأولى: فالقاتلة لا تأخذ شيئاً، فكمّل المهر بالموت، وإثماً قال قبل الوطء؛ لأنّ بعد الوطء المهر واجبٌ في الصّورتين.

(وزوج الأمة^(٣) يعزل^(٤) بإذن سيّدها)، فإنّ العزل مانعٌ عن حدوث الولد، وهو ملك مولاه.

(وخيّرت أمة ومكاتبة عتقت تحت حرّ أو عبد)؛ فإن كانت تحت العبد، فلها الخيار اتفاقاً دفعاً للعار، وهو أن تكون الحرّة فراشاً للعبد، وإن كانت تحت الحرّ ففيه خلافُ الشافعي^(٥)، وهذا بناءً على مسألة اعتبار الطلاق، فإنّه عندنا بالنساء، فلها الخيار منعاً؛ لزيادة الملك عليها، وعنده الرّجال فلم توجد علّة الفسخ، وهو العار، أو زيادة الملك.

(أمة تُكحّت بلا إذن فعتقت نفذ، ولم تحيّر)؛ لأنها قد رضيت، (وما سمي للسيد وإن زاد على مهر مثلها لو وطئت فعتقت، وإن عتقت أولاً فلها).

(١) زيادة أوب وس و ص.

(٢) أي لأنه قصد بالقتل أخذ المهر كله قبل أوانه فجوزي بالحرمان، أو لأنه منع المبدل قبل التسليم فيجازي

بمنع البدل. ينظر: «ذخيرة العقبى» (ص ١٩١).

(٣) قيد بالأمة أي أمة الغير؛ لأن العزل جائز عن أمة نفسه بغير إذننها، والإذن في العزل عن الحرّة لها ولا

يباح بغيره لأنه حقها. ينظر: «البحر» (٣: ٢١٤).

(٤) عزل عن المرأة: هو صرف مائه عنها في الوطء مخافة الولد، بأن يترع ويمنى خارج الفرج. «طلبة

الطلبة» (ص ٤٧)، و«المصباح» (ص ٤٠٨).

(٥) ينظر: «أسنى المطالب» (٣: ١٨١)، و«حاشيتنا قليوبي وعميرة» (٣: ٢٦٩)، و«مغني المحتاج» (٤: ٣٥١)، وغيرها.

(٦) أي ما سمي في العقد حين لتزوج الأمة بغير إذن المولى. ينظر: «شرح ابن ملك» (١/٩١).

وَمَنْ وَطِئَ أُمَةً ابْنَهُ أَوْ بَنَتَهُ فَوَلَدَتْ، فَأَدْعَاهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ، وَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ، وَوَجِبَ عَلَى
الْأَبِ قِيمَتُهَا، لَا مَهْرُهَا، وَلَا قِيمَةُ وَلَدِهَا، وَإِنْ نَكَحَهَا صَحَّ، وَلَمْ تَصِرْ أُمًّا وَلَدِهِ،
وَيَجِبُ مَهْرُهَا لَا قِيمَتُهَا، وَلَوْلَاهَا حُرٌّ بِقَرَابَتِهِ

وَمَنْ وَطِئَ أُمَةً ابْنَهُ^(١) أَوْ بَنَتَهُ^(٢) فَوَلَدَتْ، فَأَدْعَاهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ، وَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ،
وَوَجِبَ^(٣) عَلَى الْأَبِ قِيمَتُهَا^(٤)؛ فَإِنْ قَوْلُهُ ﷺ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ»^(٥) أَوْجِبَ وَلَايَةَ
مَلِكِ الْأَبِ مَالَ الْإِبْنِ عِنْدَ الْحَاجَةِ^(٦)، فَقَبِلَ الْوَطْءَ تَصِيرُ مَلِكًا لَهُ؛ لِثَلَاثَةِ أَوْجُوهٍ:
حَرَامًا، فَيَجِبُ قِيمَتُهَا عَلَى الْأَبِ، (لَا مَهْرُهَا)؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ مَمْلُوكَتَهُ، (وَلَا قِيمَةً
وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّهُ وَلَدَ فِي مَلِكِ الْأَبِ.

(وَالْجَدُّ كَالْأَبِ بَعْدَ مَوْتِهِ فِيهِ): أَيُّ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ فِي الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ، (لَا
قَبْلَهُ): أَيُّ لَا قَبْلَ مَوْتِ الْأَبِ.

(وَإِنْ نَكَحَهَا صَحَّ): أَيُّ إِنْ نَكَحَ الْأَبُ أُمَّهُ الْإِبْنَ، (وَلَمْ تَصِرْ أُمًّا وَلَدِهِ، وَيَجِبُ
مَهْرُهَا لَا قِيمَتُهَا، وَلَوْلَاهَا حُرٌّ بِقَرَابَتِهِ): أَيُّ بِقَرَابَةِ الْإِبْنِ، فَإِنَّ الْأُمَّةَ مَلِكُ الْإِبْنِ،
فَيَتَّبِعُهَا الْوَلَدُ، فَيَعْتَقُ عَلَى أَخِيهِ،^(٧) لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ عَتَقَ
عَلَيْهِ»^(٨).

(١) زيادة من أ.

(٢) زيادة من أ وب وس.

(٣) من حديث جابر، وعائشة، وسمرة بن جندب، وعمر بن الخطاب، وابن مسعود، وابن عمر ﷺ في
«صحيح ابن حبان» (٢: ١٤٢)، و«المتقى» (١: ٢٤٩)، و«سنن أبي داود» (٣: ٢٨٩)، و«سنن
ماجه» (٢: ٧٦٩)، قال ابن القطان عن حديث ابن ماجه: إسناده صحيح، وقال المنذري: رجاله
ثقات. وفي «سنن البيهقي الكبير» (٧: ٤٨٠)، و«مسند الشافعي» (١: ٢٠٢)، و«الأحاديث المختارة»
(٨: ٧٩)، وغيرها. وينظر: «نصب الراية» (٣: ٣٣٧- ٣٣٩)، و«خلاصة البدر المنير» (٢: ٢٠٣)،
و«تلخيص الحبير» (٣: ١٨٩).

(٤) فإنه إذا كان للأب أن يأخذ من مال ابنته نفقته بلا رضاه لصيانة نفسه، كان له أن ينقل ملك حارثة له
إلى ملك نفسه لصيانة نسله. ينظر: «فتح باب العناية» (١: ٧١).

(٥) ورد بهذا اللفظ في «سنن النسائي الكبرى» (٣: ١٧٣)، و«المتقى» (١: ٢٤٤)، وورد بلفظ (من
ملك ذا محرم فهو حر) من حديث سمرة بن جندب، وابن عمر، وعمر، وغيرهم رضي الله عنهم في
«جامع الترمذي» (٣: ٦٤٦)، و«المستدرک» (٢: ٢٣٣)، و«سنن البيهقي الكبير» (١٠: ٢٨٩)،
وصححه الحكم وابن حزم وعبد الحق وابن القطان. ينظر: «الدراية» (٢: ٨٥)، و«تلخيص الحبير» (٢: ٢١٢)،
و«خلاصة البدر المنير» (٢: ٤٥٥)، وغيرها.

(٦) زيادة من أ وب وس.

وفسد نكاح حرّة، قالت لسيّد زوجها: أعتقه عني باللف ففعل

(وفسد نكاح حرّة، قالت لسيّد زوجها: أعتقه عني باللف ففعل): أي حرّة نحن عبد قالت لسيّد زوجها أعتقه باللف، ففعل صحّ الأمر، ويعتق الزوج على امرأته، ويفسد النكاح خلافاً لرفر رضي الله عنه، فإنه لا يعتق على المرأة عنده؛ لعدم الملك. ونحن نقول: بالاقتضاء^(١) يثبت الملك، فصار كما لو قالت: بعّه مني بكذا، ثم أعتقه عني، وقول المولى: أعتقت. صار كما لو قال بعته منك، ثم أعتقه عنك، فلما ثبت الملك اقتضاء، فسد النكاح.

ويردّ عليه أن غاية ما في الباب أنه صار كقوله: بع عبدك مني باللف، فقال الآخر: بعث. لا ينعقد البيع؛ لأن الواحد لا يتولّى طرفي البيع بخلاف النكاح. وأيضاً الملك الذي يثبت بطريق الاقتضاء ملك ضروري، فيثبت بقدر الضرورة، ولا ضرورة في ثبوته في حق النكاح حتى يفسد النكاح.

والجواب عن الأوّل: إن البيع الثابت بالاقتضاء مستغن عن القبول، فإنه قد عرّف في أصول الفقه^(٢) أن المقتضى ليس كالمفوض^(٣)، بل هو أمر ضروري فيسقط من الأركان والشروط ممّا يحتمل السقوط.

وعن الثاني: إن الثابت بالاقتضاء، وإن كان ضرورياً يثبت به لوازمه التي لا يحتمل السقوط، كما سيأتي في مسألة الهبة: إن الهبة الاقتضائية لا بدّ لها من القبض، فبطلان ملك النكاح من لوازم ثبوت ملك اليمين بحيث لا ينفك عنه.

(١) اقتضاء: هو دلالة اللفظ على مسكوت يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته، فالأول: كحديث: (رفع الخطأ والنسيان)، أي رفع حكمهما وهو الإثم وإلا فهما واقعان في الخارج، والثاني كمسألتنا فإنه لا يمكن تصحيحه إلا بتقديم الملك، إذ الملك شرط لصحة العتق عنه فتقدّم الملك بالبيع مقتضى، والإعتاق عن الأمر مقتضى بالكسر، فإذا ثبت الملك للأمر فسد النكاح للتنافي بين الأمرين، ثم الملك فيه شرط والشروط أتباع فلذا ثبت البيع المقتضى بشروط المقتضى وهو العتق لا بشروط نفسه إظهاراً للنسبة، ونماه في «البحر» (٣: ٢٢١)، و«رد المحتار» (٢: ٢٨٥).

(٢) ينظر: «التوضيح» (١: ٢٦٢)، و«كشف الأسرار شرح أصول البزدوي» (٢: ٢٣٦)، و«التفريع

والتحجير» (١: ٥٧)، وغيرها.

(٣) في م: كملفوظ.

والولاء لها، ويقعُ عن كفارتها لو نوت به، وإن قالت ذلك بلا بدل لم يفسد، والولاء له، فإن أسلمَ المتزوّجان بلا شهود، أو في عدّةٍ كافرٍ معتقدين ذلك، أقرأ عليه. وإن أسلمَ الزوجان المحرّمان فُرّقَ بينهما. والطفلُ مسلّمٌ إن كان أحدُ أبويه مسلماً، أو أسلمَ أحدهما، وكتّابيٌّ إن كان بين مجوسي وكتّابيٍّ، وفي إسلام زوج المجوسيّة، أو امرأة الكافر يعرضُ الإسلامُ على الآخر، فإن أسلمَ فهي له، وإلا فُرّق، وهو طلاقٌ بائن لو أبى، لا لو أبت، ولا مهرٌ هنا إلا للموطوءة

(والولاء لها)؛ لأنّه عتقٌ عليها، (ويقعُ عن كفارتها لو نوت به)؛ أي نوت بهذا الإعتاق الاعتراف عن الكفارة يقعُ عن الكفارة، (وإن قالت^(١)) ذلك بلا بدل لم يفسد، والولاء له)؛ أي للسيد، وهذا عند أبي حنيفة رحمته، وكذا عند محمد رحمته. وأمّا عند أبي يوسف رحمته فهذا والأوّلُ سواء، فيثبتُ الملكُ هنا بطريقِ الهبة. وتستغني الهبة عن القبض، وهو شرطٌ كما يستغني البيعُ عن القبول، وهو ركن. فنقول: القبول ركنٌ يحتملُ السقوط كما في التّعاطي، أمّا القبض فلا يحتملُ السقوط في الهبة بحال.

(فإن أسلمَ المتزوّجان بلا شهود، أو في عدّةٍ كافرٍ معتقدين ذلك، أقرأ عليه. وإن أسلمَ الزوجان المحرّمان فُرّقَ بينهما. والطفلُ مسلّمٌ إن كان أحدُ أبويه مسلماً، أو أسلمَ أحدهما، وكتّابيٌّ إن كان بين مجوسي وكتّابيٍّ)؛ لأنّ الطفلَ يتبعُ خيرَ الأبوين ديناً. (وفي إسلام زوج المجوسيّة، أو امرأة الكافر)؛ أي سواء كان كتّابياً، أو مجوسياً، (يعرضُ الإسلامُ على الآخر، فإن أسلمَ فهي له، وإلا فُرّق، وهو)؛ أي التفريق، (طلاقٌ بائن^(٢) لو أبى، لا لو أبت)؛ لأنّ الطلاق لا يكونُ من النساء، (ولا مهرٌ هنا)؛ أي في إياها، (إلا للموطوءة)؛ أمّا في صورة إباء الزوج، فإن كانت موطوءة فكلُّ المهر، وإن لم تكن، فنصفه؛ لأنّ التفريق هنا طلاقٌ قبل الدخول.

(١) يعني إن قالت زوجة العبد الحرة لسيد زوجها: أعطه عني ولم تذكر عوضاً الألف أو غيره. وفعل ذلك مولاه لا يقعُ العتق عنها بل عنه، فيكون الولاء له، ولا يفسد نكاحها لعدم وجود ما ينافي ملك النكاح، وهو ملك اليمين. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٥٩).

(٢) زيادة من أ وب وس.

ولو كان ذلك في دارهم لم يُنْهَى حتى تحيض ثلاثاً قبل إسلام الآخر. ولو أسلم زوج الكتابية، فهي له، وتبين بتباين الدارين، لا بالسِّي، فلو خرج أحدهما إلينا مسلماً، أو أخرج مسيئاً بانت، وإن سبياً معاً لا. ومن هاجرت إلينا بانت بلا عدة إلا الحامل. وارتداد كل منهما فسخ عاجل، ثم للموطوءة كل مهرها، ولغيرها نصفه لو ارتدت، ولا شيء لو ارتدت، وبقي النكاح إن ارتدا معاً، ثم أسلما، وفسد إن أسلم أحدهما قبل الآخر

(ولو كان ذلك في دارهم): أي إسلام زوج المجوسية، أو امرأة الكافر (لم يُنْهَى حتى تحيض ثلاثاً قبل إسلام الآخر).

ولو أسلم زوج الكتابية، فهي له، وتبين بتباين الدارين^(١)، لا بالسِّي^(٢)، فلو خرج أحدهما إلينا مسلماً، أو أخرج مسيئاً بانت، وإن سبياً معاً لا. ومن هاجرت إلينا بانت بلا عدة إلا الحامل. وارتداد كل منهما فسخ عاجل^(٣)، ثم للموطوءة كل مهرها، ولغيرها نصفه لو ارتدت، ولا شيء لو ارتدت، وبقي النكاح إن ارتدا معاً، ثم أسلما، وفسد إن أسلم أحدهما قبل الآخر).

(١) أي تقع الفارقة بينهما باختلاف الدارين حقيقة أو حكماً؛ لأن به لا تنتظم المصالح حتى لو نكح مسلم حرية كتابية ثمة، ثم خرج عنها بانت عندنا، ولو خرجت قبل الزوج لم تبين؛ وذلك لأن التباين وإن وجد حقيقة لم يوجد حكماً؛ لأنها صارت من أهل دار الإسلام والزوج من أهلها حكماً ينظر: «المبسوط» (٥: ٥٠)، و«الشرنبلالية» (١: ٣٥٤).

(٢) نزع لقوله: وتبين الدارين.

(٣) أي رفع لعقد النكاح في الحال بدون القضاء حتى لا ينتقص به عدد الطلاق سواء كانت موطوءة أو غيرها. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٧٢).

باب القسم

يجب العدل فيه، والبكر، والثيب، والجديدة، والعتيقة، والمسلمة، والكتائية سواء، وللأمة، والمكاتبة، وأمّ الولد، والمدبرة نصف الحرية، ولا قسم في السفر، بل يسافر من شاء، والقرعة أولى، وإن تركت قسمها لضرئها صح وإن رجعت جاز

باب القسم

(يجب العدل فيه^(١))، والبكر، والثيب، والجديدة، والعتيقة، والمسلمة، والكتائية سواء، وللأمة، والمكاتبة، وأمّ الولد، والمدبرة نصف الحرية، ولا قسم في السفر، بل^(٢) يسافر من شاء، والقرعة أولى، وإن تركت قسمها لضرئها صح وإن رجعت جاز).



(١) أي مأكلاً ومشرباً وملبساً وبنوتة، لا وطناً ومحبة، لا ابتناؤه على النشاط، فلا فرق بين فحل وخصي وعنين ومحجوب ومريض، وصبي دخل بامرأته وحائض وذات نفاس، ومجنونة لا يخاف منها، ورتقا وفرنا. ينظر: «الدر المنثور» (١: ٣٧٣).

(٢) زيادة من م.

كتاب الرضاع

يُثْبِتُ بِمَصَّةٍ فِي حَوْلَيْنِ وَنَصْفٍ لَا بَعْدَهُ أُمُومَةُ الْمَرْضُوعَةِ لِلرُّضِيعِ، وَأَبُوهُ زَوْجُ مَرْضُوعَةٍ لِبَنَاتِهَا مِنْهُ لَهٗ، فَيَحْرَمُ مِنْهُ مَا يَحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ إِلَّا أُمُّ أَخِيهِ وَأَخِيهِ

كتاب الرضاع

(يُثْبِتُ بِمَصَّةٍ فِي حَوْلَيْنِ وَنَصْفٍ لَا بَعْدَهُ أُمُومَةُ الْمَرْضُوعَةِ لِلرُّضِيعِ، وَأَبُوهُ زَوْجُ مَرْضُوعَةٍ لِبَنَاتِهَا^(١) مِنْهُ لَهٗ) : أَيُّ لِلرُّضِيعِ، فَالْحَوْلَانِ وَنَصْفُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَأَمَّا عِنْدَ غَيْرِهِ فَمُدَّةُ حَوْلَانِ^(٢)، ^(١) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله يُثْبِتُ بِخَمْسِ مَصَّاتٍ^(٣).

(فَيَحْرَمُ مِنْهُ مَا يَحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ إِلَّا أُمُّ أَخِيهِ وَأَخِيهِ) : فَإِنَّ أُمَّ الْأَخْتِ وَالْأَخَ مِنَ النَّسَبِ، هِيَ الْأُمُّ، أَوْ مَوْطُوءَةُ الْأَبِ، وَكُلُّ مِنْهُمَا حَرَامٌ، وَلَا كَذَلِكَ مِنَ الرُّضَاعِ، وَهِيَ شَامِلَةٌ لثَلَاثِ صُورٍ :

الْأُمُّ رَضَاعًا لِلْأَخْتِ، أَوِ الْأَخَ نَسَبًا^(٤).

(١) أَمَّا إِذَا جَبَنَ اللَّبَنُ أَوْ جَعَلَ مَخْبِضًا أَوْ رَائِبًا أَوْ غَيْرَهَا وَأَطْعَمَهُ الصَّغِيرَ لَا يَحْرَمُ. يَنْظُرُ : «عِدَّةُ أَرْيَابِ الْفَتَاوَى» (ص ٢١).

(٢) اِخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي مَدَّةِ الرُّضَاعِ :

فَقَالَ زُفَرٌ : مَا دَامَ يَجْتَزِي بِاللَّبَنِ وَلَمْ يَفْطَمْ فَهُوَ رَضَاعٌ، وَإِنْ أَتَى عَلَيْهِ ثَلَاثُ سَنِينَ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدُ وَالثَّوْرِيُّ وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ وَالشَّافِعِيُّ رحمته الله : يَحْرَمُ فِي الْحَوْلَيْنِ وَلَا يَحْرَمُ بَعْدَهُمَا، وَلَا يَعْتَبَرُ الْفِطَامُ وَإِنَّمَا يَعْتَبَرُ الْوَقْتُ .

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ : قَلِيلُ الرُّضَاعِ وَكَثِيرُهُ يَحْرَمُ فِي الْحَوْلَيْنِ، وَمَا كَانَ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ فَإِنَّهُ لَا يَحْرَمُ قَلِيلُهُ وَلَا كَثِيرُهُ. وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ : الرُّضَاعُ حَوْلَانِ وَشَهْرٌ أَوْ شَهْرَانِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَا يَنْظَرُ إِلَى إِرْضَاعِ أُمِّهِ إِيَّاهُ إِنَّمَا يَنْظَرُ إِلَى الْحَوْلَيْنِ وَشَهْرٍ أَوْ شَهْرَيْنِ.

وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ : إِذَا فِطِمَ لِسَنَةٍ وَاسْتَمَرَ فِطَامُهُ فَلَيْسَ بَعْدَهُ رَضَاعٌ، وَلَوْ أَرْضَعَ ثَلَاثَ سَنِينَ لَمْ يَفْطَمْ لَمْ يَكُنْ رَضَاعًا بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ. يَنْظُرُ : «الْأُمُّ» (٥ : ٢٩)، وَ«الْمُدُونَةُ» (٢ : ٢٩٨)، وَ«أَحْكَامُ الْقُرْآنِ» لِلْجِصَّاصِ (١ : ٥٦١)، وَ«طَرَحُ الشَّرِيبِ» (٧ : ١٣٨)، وَ«حَاشِيَةُ الْعُدُودِيِّ» (٢ : ١٢٨)، وَ«مَنْعُ الْعَمَلِيِّ» (٢ : ٨٨)، وَ«حَاشِيَةُ الْبَيْجَرَمِيِّ» (٤ : ٧٣)، وَ«الْمَوْسُوعَةُ الْفَقْهِيَّةُ الْكُوَيْتِيَّةُ» (٢٢ : ٢٤٧).

(٣) يَنْظُرُ : «الْأُمُّ» (٧ : ٢٣٧)، وَ«التَّنْبِيهُ» (ص ١٢٨)، وَ«أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٣ : ٤١٨)، وَغَيْرُهَا.

(٤) زِيَادَةٌ مِنْ أَوْ بَوْسُوفٍ.

(٥) كَانَ يَكُونُ لِرَجُلٍ أُخْتُ مِنَ النَّسَبِ، وَلَهَا أُمُّ مِنَ الرُّضَاعِ حَيْثُ يَحُوزُ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمُّ أُخْتِهِ مِنَ الرُّضَاعِ يَنْظُرُ : «تَجْمَعُ الْأَنْهَرُ» (١ : ٣٧٦).

وأخت ابنيه، وجدّة ابنيه، وأمّ عمّه، وعمّته، وخاله، وخالته للرجل، وأخا ابن المرأة لها رضاعاً

والأمّ نسباً للأخت، أو الأخ رضاعاً^(١).

والأمّ رضاعاً للأخت، أو الأخ رضاعاً^(٢).

فإن قيل: قوله: إلا أمّ أخته؛ إن أريد بالأمّ الأمّ رضاعاً، وبالأخت الأخت رضاعاً لا يشمل ما إذا كانت أحدهما فقط بطريق الرضاع، وإن أريد بالأمّ الأمّ نسباً وبالأخت الأخت رضاعاً، أو بالعكس، لا يشمل الصورتين الأخريين.

قلنا: المراد ما إذا كانت إحداهما فقط^(٣) بطريق الرضاع أعمّ من أن يكون إحداهما فقط، أو كلّ منهما.

(وأخت ابنيه): لأن^(٤) أخت الابن من النسب، إمّا البنت، وإمّا الرّبيّة^(٥)، وإمّا أيتها كانت^(٦) قد وطئت أمّها، ولا كذلك من الرضاع.

(وجدّة ابنيه): جدّة الابن نسباً^(٧) إمّا أمّه أو^(٨) أمّ موطوءته، ولا كذلك من الرضاع.

(وأمّ عمّه، وعمّته، وخاله، وخالته)، اعلم أن أمّ هؤلاء^(٩) نسباً إمّا^(١٠) موطوءة الجدّ الصّحيح، أو الجدّ الفاسد، ولا كذلك من الرضاع، ولا تنسّ الصّور الثلاث في جميع ما ذكرنا.

(للرجل): أي هذه النّساء المذكورة لا تحرم للرجل إذا كانت من الرضاع.

(وأخا ابن المرأة لها رضاعاً): أي لا يحرم أخو ابن المرأة لها إن كان من الرضاع.

(١) كان يكون له أخت من الرضاع، ولها أم من النسب حيث يجوز له أن يتزوج أمّ إخته من النسب. «درر الحکام» (١: ٣٥٦).

(٢) كان يجتمع الصبي والصبيّة الأجنبيان على ثدي امرأة أجنبية والصبيّة أم أخرى من الرضاعة، فإنه يجوز لذلك أن يتزوج أمّ أخته من الرضاع. ينظر: «درر الحکام» (١: ٣٥٦)، «مجمع الأنهر» (١: ٣٧٦).

(٣) زيادة من س و ص و م.

(٤) زيادة أ و ب و س.

(٥) الرّبيّة: واحدة الرّثائب، وهي بنت امرأة الرجل؛ لأنه يربّيها في الغالب. ينظر: «المغرب» (ص ١٨١).

(٦) زيادة من أ و م.

(٧) زيادة من أ و ب و س.

(٨) زيادة من أ و ب و س.

وَتَجِلُّ أُخْتُ أَخِيهِ رَضَاعاً، كَمَا تَجِلُّ نَسَباً: كَأَخٍ مِنَ الْآبِ لَهُ أُخْتُ مِنْ أُمِّهِ تَجِلُّ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ . وَرَضِيعاً ثَدِي كَأَخٍ وَأُخْتُ لَا شَارِباً لَبَنٍ شَاءَ، وَحَكْمٌ خَلَطَ لَبَنُهَا بِمَاءٍ، أَوْ دَوَاءٍ

وَأَعْلَمُ أَنَّ هَذَا مَكْرَرٌ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ أُمَّ الْأَخِ، وَلَمَّا كَانَتِ الْمَرْأَةُ أُمَّ أَخِ الرَّجُلِ، كَانَ الرَّجُلُ أَخَا ابْنِ تِلْكَ الْمَرْأَةِ.

وعبارة «المختصر» كانت كذلك: فيحرم منه ما يحرم من النسب إلا أُمُّ أَوْلَادِ أَصُولِهِ، وَأُخْتُ ابْنِهِ، وَجَدَّتُهُ.

فأولاد الأصول: الأخ، والأخت، والعم، والعمة، والخال، والخالة، فأم هؤلاء تحرم من النسب لا من الرضاع.

ثُمَّ غَيَّرْتُ الْعِبَارَةَ إِلَى هَذَا: فَيَحْرَمَانِ مَعَ قَوْمِيهِمَا عَلَيْهِ كَالنَّسَبِ، وَفُرُوعِهِ، وَالزَّوْجَانِ عَلَيْهِمَا^(١): أَيُ تَحْرَمُ الْمَرْضَعَةُ زَوْجُهَا عَلَى الرَّضِيعِ، وَيَحْرَمُ قَوْمُهُمَا^(٢) عَلَى الرَّضِيعِ كَمَا فِي النَّسَبِ، وَتَحْرَمُ فُرُوعُ الرَّضِيعِ عَلَى الْمَرْضَعَةِ وَزَوْجِهَا، وَيَحْرَمُ زَوْجُ الرَّضِيعِ عَلَى الْمَرْضَعَةِ وَزَوْجِهَا: أَيُ الرَّضِيعُ إِنْ كَانَ ذَكَراً تَحْرَمُ زَوْجَتُهُ عَلَى زَوْجِ مَرْضَعَتِهِ، وَإِنْ كَانَ الرَّضِيعُ أُنْثَى يَحْرَمُ زَوْجُهَا عَلَى مَرْضَعَتِهَا، وَضَابِطُهُ مَا فِي هَذَا الْبَيْتِ الْفَارْسِيِّ:

از جانب شیرده همه خویش شوند وز جانب شیرخواره زوجان وفروع^(٣)
(وَتَجِلُّ أُخْتُ أَخِيهِ رَضَاعاً، كَمَا تَجِلُّ نَسَباً: كَأَخٍ مِنَ الْآبِ لَهُ أُخْتُ مِنْ أُمِّهِ تَجِلُّ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ.

وَرَضِيعاً ثَدِي كَأَخٍ وَأُخْتُ لَا شَارِباً لَبَنٍ شَاءَ، وَحَكْمٌ خَلَطَ لَبَنُهَا بِمَاءٍ، أَوْ دَوَاءٍ،

(١) انتهى من «النقاية» (ص ٨٣).

(٢) وهم أصول المرأة التي أرضعت، وفروعها من ذلك الزوج أو غيره، وإخوتها، وأخواتها، وإخوة أصولها وأخواتهم، وأصول الزوج، وفروعها من تلك المرأة أو غيرها، وإخوته، وأخواته، وإخوة أصوله وأخواتهم. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٨٥).

(٣) مفاد الشطر الأول: إن من جانب المرضعة، وكذا زوجها يكون الكل ذا قرابة من الرضيع: أي الذين لهم قرابة محرمة من النسب فيدخل فيه المرضعة وزوجها وأقرباؤهما، ومفاد الشطر الثاني: إن من جانب الرضيع إنما يثبت القرابة للمرضعة وزوجها من فروعها وأحد زوجيه. ينظر: «العمدة» (١: ٦٧).

أو لبنِ امرأةٍ أخرى، أو شاةٍ بالغلبة، ويطعام الحِلُّ كما في لبنِ رجلٍ واحتقانٌ صبيٌ بلبنيها. وحرمٌ بلبنِ البكر، والميتة. وإن رَضَعَتْ ضَرَّتْهَا حَرْمَتَا، ولا مهرٌ للكُبيرةِ إن لم توطأ، وللرَضِيعَةِ نصفه، ورجعَ به على المرضعة إن قصَدَتْ الفساد، وإلا فلا، وحجَّتْهُ رجلان، أو رجلٌ وامرأتان

أو لبنِ امرأةٍ^(١) أخرى^(٢)، أو شاةٍ بالغلبة، ويطعام الحِلُّ^(٣): أي حكمُ خلطِ لبنها بطعامِ الحِلِّ، (كما في لبنِ رجلٍ): أي إذا نَزَلَ للرَّجُلِ لبنٌ فشرَبَهُ صبيٌ لا يتعلَّقُ به حرمةُ الرضاع، واحتقانٌ^(٤) صبيٌ بلبنيها. وحرمٌ بلبنِ البكر^(٥)، والميتة.

وإن رَضَعَتْ ضَرَّتْهَا حَرْمَتَا: أي إذا أَرْضَعَتْ امرأةٌ ضَرَّتْهَا حالَ كَوْنِ الضَّرَةِ رَضِيعَةً حَرَمَتَا عَلَى الزَّوْجِ، (ولا مهرٌ للكُبيرةِ إن لم توطأ، وللرَضِيعَةِ نصفه، ورجعَ به على المرضعة إن قصَدَتْ الفساد، وإلا فلا، وحجَّتْهُ رجلان، أو رجلٌ وامرأتان)^(٦).



(١) زيادة من م.

(٢) هذا على قول أبي يوسف رحمه الله، وهو اختيار المتون مثل: «الكثر» (٥٠)، و«الملتقى» (ص ٥٧). و«النقاية» (ص ٨٣)، وغيرها، وعند محمد رحمه الله تتعلق الحرمة بهما، وعن الإمام روايتان، ورجح بعض المشايخ قول محمد، وفي «الغاية» هو أظهر، وأحوط، وقيل: إنه أصح، وهو اختيار صاحب «الهداية» ١: ٢٢٥؛ لتأخّر دليل محمد رحمه الله. ينظر: «الشرنبلالية» (١: ٣٥٧).

(٣) أي إن اختلط بلبنها الطعام لم يتعلق به التحريم وإن كان اللبن غالباً عند الإمام، وعندهما: إذا كان اللبن غالباً يتعلق به التحريم. ينظر: «الهداية» (١: ٢٢٤).

(٤) احتقان: من حَقَنْتُ المَرِيضَ: إذا أَوْصَلْتُ الدَّوَاءَ إِلَى بَاطِنِهِ مِنْ مَخْرَجِهِ بِالْحَقْنَةِ، وَاحْتَقَنَ هُوَ، وَالْأَسَةُ الْحَقْنَةُ، ثُمَّ أَطْلَقْتُ عَلَى مَا يُتَدَاوَى بِهِ وَالْجَمْعُ حَقْنٌ. ينظر: «المصباح» (ص ١٤٤ - ١٤٥).

(٥) أي بنت تسع سنين فأكثر، والمراد التي لم تجامع قط بنكاح أو سفاح، وإن كانت العذرة غير باقية كذا زالت بنحو وثبة. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٤٠٨).

(٦) أي الشهادة على الإرضاع لا تقبل إلا بما يثبت به الشهادة على المال، وهو رجلان أو رجل وامرأتان. ينظر: «الإفصاح عن شهادة المرأة في الإرضاع» (ص ١٠).

كتاب الطلاق

أحسنه طلقه فقط في طهر لا وطء فيه. وحسنه وهو السني: طلقه لغير الموطوء ولو في حيض، وللموطوءة تفريق الثلاث في أطهار لا وطء فيها فيمن تحيض، وأشهر في الأيسة والصغيرة والحامل، للسنة ثلاثاً في ثلاثة أشهر وحل طلاقهن عقيب الوطء.

كتاب الطلاق^(١)

(أحسنه طلقه فقط في طهر لا وطء فيه^(٢)).

وحسنه وهو السني^(٣): طلقه لغير الموطوءة ولو في حيض، وللموطوءة تفريق الثلاث في أطهار لا وطء فيها فيمن تحيض، وأشهر في الأيسة والصغيرة والحامل،^(٤) للسنة ثلاثاً في ثلاثة أشهر^(٥): فقوله: وأشهر عطف على أطهار، (وحل^(٥) طلاقهن عقيب الوطء).

(١) الطلاق: وهو رفع قيد ثابت بالنكاح إلى ثلاث. كما في «غرر الأحكام» (ص ١ : ٢٥٩). وهو على خمسة أوجه:

١. مباح: نظراً إلى الحاجة، والحاجة إلى الخلاص تكون عند تباين الاخلاق وعرض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى.

٢. مستحب: لو كانت المرأة مؤذية له أو لغيره بقولها أو بفعلها أو تاركة فرضاً من فرائض الله تعالى فلا إثم عليه بمعاشرته المرأة التي لا تصلي وإن كانت مكروهة تنزيهاً.

٣. مكروه: وهو الطلاق البائن في ظاهر الرواية.

٤. واجب: لو فات الإمساك بالمعروف كما لو كان الزوج خصياً أو مجبوراً أو غنياً.

٥. حرام: وهو الطرق في الحيض أو في الطهر الذي جامعها أو طلقها فيه، والطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة. بنظر: «بهجة المشتاق لأحكام الطلاق» (ص ٢).

(٢) يعني أن أحسن الطرق تطليقها طلاقاً واحدة في طهر لا وطء فيه وتركها حتى تنقضي عدتها. بنظر: «درر الأحكام» (١ : ٢٥٩).

(٣) وكذا الأحسن فإنه سني لكن لما كان من المعلوم أن الحسن سني بالإجماع لم يحتج إلى التصريح بكونه سنياً. بنظر: «الشرنبلالية» (١ : ٢٥٩).

(٤) زيادة من أوت وس وق.

(٥) أي حل طلاق الأيسة والصغيرة والحامل بلا كراهة عقيب الوطء؛ لأنه لا حيض لهن بخلاف من تحيض.

وبدعيه ثلاث أو اثنتان بمرّة، أو مرتين في طهر لا رجعة فيه، أو واحدة في طهر لا وطئت فيه، أو حيض موطوءة ونجس رجعتها في الأصح، فإذا طهرت طلقها إن شاء، وإن قال لموطوءته: أنت طالق ثلاثاً للسنة بلا نية يقع عند كل طهر طلاقاً، وإن نوى الكل الساعة صحت

وبدعيه^(١) ثلاث أو اثنتان بمرّة، أو مرتين في طهر لا رجعة فيه، أو واحدة في طهر لا وطئت فيه، أو حيض موطوءة ونجس رجعتها في الأصح^(٢)، وعند بعض مشايخنا^(٣) يستحب.

واعلم أن الطلاق أبغض المباحات فلا بُدَّ أن يكون بقدير الضرورة، فأحسنه الطلاق الواحد في طهر لا وطء فيه.

أمّا الواحدة فلائها أقل.

وأمّا في الطهر؛ فإنه إن كان في حال^(٤) الحيض يمكن أن يكون لنفرة الطبع لا لأجل المصلحة.

وأمّا عدم الوطاء؛ لثلاث يكون شبهة العلوق.

(فإذا طهرت طلقها إن شاء، وإن قال لموطوءته: أنت طالق ثلاثاً للسنة بلا نية يقع عند كل طهر طلاقاً؛ لأن الطلاق السنّي هذا، وإن نوى الكل الساعة صحت): أي النية حتى يقع الثلاث في الحال خلافاً لزفر^(٥)؛ لأنه بدعي، وهو ضد السنّي، وعندنا الثلاث دفعة سنّي الوقوع: أي وقوعها مذهب أهل السنة^(٦).

(١) بدعي: وليس المقصود منه المعنى المشهور، بل هو مقابل السنّي: وهو ما يستوجب بإيقاعه عتاً شرعياً. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٦٩).

(٢) في الحيض رفعاً للمعصية بطلاقه لها في الحيض. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٤٢٠).

(٣) ومن المشايخ الذين اختاروا الاستحباب القدوري. ينظر: «متن القدوري» (ص ٧٣).

(٤) زيادة من م.

(٥) قال محمد وزفر: لا يطلقها للسنة إلا واحدة. ينظر: «الهداية» (١: ٢٢٨).

(٦) وللعلماء كتب كثيرة ألّفت في الرد على من ادعى أن الطلاق بلفظ الثلاث لا يقع مرّة واحدة، منها: «شفاء العليل في الرد على من أنكر وقع الطلقات الثلاث بمرّة أو بمرات بدون رجعة بينها»، «لزوم الطلاق الثلاث دفعة بما لا يستطيع للعالم دفعه» للشنقيطي، و«الإشفاق في أحكام الطلاق» للكوثري وغيرها.

ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ حرّ، أو عبد، ولو سكران طائع أو مكروه، أو أحرس بإشارته الممهودة، لا طلاق صبيّ، ومجنون، ونائم، وسيّد على زوجة عبده. وطلاق الحرّة، والأمة ثلاثة واثنان ولو زوّجهما خلافاً.

باب إيقاع الطلاق

صريحه: ما استعمل فيه دون غيره، مثل: أنت طالق، ومطلقة، وطلقتك

وعند الرّوافض^(١) لم يقع؛ نمسكاً بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾^(٢) الآية، فالثلاث لا يقع إلا بثلاث مرّات.

(ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ حرّ، أو عبد، ولو سكران): أي وإن كان الزوج سكران خلافاً للشافعي^(٣)، (^(٤) طائع أو مكروه^(٥))، أو أحرس بإشارته الممهودة^(٦)، لا طلاق صبيّ، ومجنون، ونائم، وسيّد على زوجة عبده. وطلاق الحرّة، والأمة ثلاثة واثنان): أي طلاق الحرّة ثلاثة، وطلاق الأمة اثنان، (ولو زوّجهما خلافاً): فإن اعتبار الطلاق عندنا بالنساء، وعند الشافعي^(٧) عند الرجال، فإذا كان زوج الأمة حرّاً، فالطلاق عندنا اثنان، وعنده ثلاثة، وإن كان زوج الحرّة عبداً، فالطلاق عندنا ثلاثة، وعنده اثنان.

باب إيقاع الطلاق

(صريحه: ما استعمل فيه دون غيره، مثل: أنت طالق، ومطلقة، وطلقتك،

(١) قال الحلبي الشامي في «أشرائع الإسلام» (٣: ١٣): طلاق الثلاث من غير رجعة بينها باطل عندنا لا يقع معه طلاق.

(٢) من سورة البقرة، الآية (٢٢٩).

(٣) لكن في كتب الشافعي وأصحابه: يقع طلاق السكران. ينظر: «الأم» (٥: ٢٧٠)، و«المحتاج» (٣: ٢٧٩).

(٤) و«مواهب الصمد» (ص ١٢٢).

(٥) زيادة من توفيق وم.

(٦) فإنه إذا كانت له إشارة تعرف في نكاحه وغيره من التصرفات فهي كالعبارة من الناطق استحساناً. هذا إذا ولد أحرس، أو طراً عليه ودام، وإن لم يدم لا يقع. ينظر: «التبيين» (٢: ١٩٦).

(٧) ينظر: «مقنن الزيد» (ص ١٢٢)، و«حاشيتنا قليوبي وعميرة» (٣: ٣٣٧)، و«تحفة المحتاج» (٨: ٤٦)،

و«مفني المحتاج» (٣: ٢٩٤)، وغيرها.

ويقعُ بها واحدة رجعية، وإن نوى ضده، أو لم ينو شيئاً. وفي أنت الطلاق، أو أنت طالق الطلاق، أو أنت طالق يقع واحدة رجعية إن لم ينو شيئاً، أو نوى واحدة، أو اثنتين، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، وبإضافة الطلاق إلى كلها، أو إلى ما يعبرُ به عن الكل؛ كانت طالق، أو رأسك، أو رقبتك، أو عنقك، أو روحك، أو بدئك، أو جسدك، أو وجهك، أو فرجك، أو إلى جزء شائع كنصفك، أو ثلثك يقع، وإلى يديها، أو رجلها لا، وكذا الظهر، والبطن، وهو الأظهر

ويقعُ بها واحدة رجعية، وإن نوى ضده: أي ضدَّ الواحدة الرجعية، وهو الواحدة البائنة، أو أكثر من الواحدة، ولفظ «المختصر»: ويقعُ بها رجعية أبداً^(١): أي سواء لم ينو، أو نوى واحدة رجعية، أو بائنة، أو أكثر من الواحدة، (أو لم ينو شيئاً).

وفي أنت الطلاق، أو أنت طالق الطلاق، أو أنت طالق يقع واحدة رجعية إن لم ينو شيئاً، أو نوى واحدة، أو اثنتين، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، هذا في الحرية، أمّا في الأمة فتنتان بمنزلة الثلاث في الحرية، وقد ذُكر في أصول الفقه^(٢): إن لفظ المصدر واحد لا يدلُّ على العدد، فالثلاث واحد اعتباري من حيث أنه مجموع، فنصح نيته، وإن لم ينو يقع الواحد الحقيقي، أمّا الاثنان في الحرية، فعدّد محض لا دلالة للفظ المفرد عليه.

(وبإضافة الطلاق إلى كلها، أو إلى ما يعبرُ به عن الكل؛ كانت طالق، أو رأسك، أو رقبتك، أو عنقك، أو روحك، أو بدئك، أو جسدك، أو وجهك، أو فرجك، أو إلى جزء شائع كنصفك، أو ثلثك يقع، وإلى يديها، أو رجلها لا، وكذا الظهر، والبطن، وهو الأظهر)^(٣)، لأنه لا يعبرُ بهما عن الكل، وعند البعض: يقع^(٤).

(١) انتهى من «النقاية» (ص ٨٤).

(٢) قال الشارح في «التوضيح» (١ : ٣٠٦): لفظ المصدر فرد إنما يقع على الواحد الحقيقي، وهو متيقن أو مجموع الأفراد؛ لأنه واحد من حيث المجموع، وإذا محتمل لا يثبت إلا بالنية على العدد المحض، ويصح نية الثلاث لا الاثنان؛ لأن الثلاث مجموع أفراد الطلاق فيكون واحداً اعتبارياً، ولا يصح نية الاثنان؛ لأن الاثنان عدد محض، ولا دلالة لاسم الفرد على العدد. اهـ.

(٣) وهو الأصح في «التبيين» (٢ : ٢٠٠).

(٤) والمعتبر في هذا الباب هو تعارف التعبير به عن الكل. هذا إذا لم ينو به الذات مجازاً، وإن نوى وقع بخلاف ما اشتهر استعماله في الكل، فإنه لا يحتاج إلى نية الكل. ينظر: «فتح القدير» (٤ : ١٥). و«عمدة الرعاية» (٢ : ٧٤).

وينصف طلقة أو ثلثها، أو من واحدة إلى اثنين، أو ما بين واحدة إلى اثنين واحدة، وفي: من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث اثنان، وثلاثة أنصاف طلقتين ثلاث، وثلاثة أنصاف طلقتان، وقيل: ثلاث. وفي: أنت طالق واحدة في ثنتين واحدة، نوى الضرب أو لا، وإن نوى واحدة وثلثين فثلاث في الموطوءة، وفي غير الموطوءة واحدة، مثل: واحدة وثلثين

(وينصف طلقة أو ثلثها، أو من واحدة إلى اثنين، أو ما بين واحدة إلى اثنين واحدة)، فقوله: واحدة: مبتدأ، وخبره: بنصف طلقة. (وفي: من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث اثنان، وثلاثة أنصاف طلقتين ثلاث^(١)، وثلاثة أنصاف طلقتان^(٢)، وقيل: ثلاث). وجه الأول: أن ثلاث أنصاف طلقة يكون طلقة ونصفاً، فيتكامل النصف، فحصل طلقتان.

وجه الثاني: أن كل نصف يتكامل فحصل ثلاث. (وفي: أنت طالق واحدة في ثنتين واحدة، نوى الضرب أو لا)، قالوا: لأن عمل الضرب في تكثير الأجزاء، لا في زيادة المضروب^(٣)، (وإن نوى واحدة وثلثين فثلاث^(٤) في الموطوءة^(٥)، وفي غير الموطوءة واحدة، مثل: واحدة وثلثين^(٦)): أي إذا

(١) ينظر: «الجامع الصغير» (ص ١٩٥)، و«بدائع الصنائع» (٣: ٩٩).

(٢) وهو المنقول عن محمد في «الجامع الصغير» وإليه ذهب الناطقي في «الأجناس»، والعتابي في «شرح الجامع الصغير». وقال العتابي: هو الصحيح؛ لأن ثلاثة أنصاف تطلقة تكون تطلقة ونصف تطلقة، فصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطلقة. وقال بعض المشايخ: يقع ثلاثة؛ لأن كل نصف يكون طلقة واحدة؛ لأن الطلاق لا يقبل التجزئة فيصير ثلاثة أنصاف تطلقة ثلاث طلقات لا محالة. ينظر: «العناية» (٤: ١٧ - ١٨).

(٣) لأن الغرض منه إزالة كسر يقع عند القسمة فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين، وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها. وقال زفر والحسن والأئمة الثلاثة: يقع، ورجحه صاحب «الفتح» (٤: ٢٣)، وصاحب «عمدة الرعاية» (٢: ٧٥)، وإليه يميل كلام ابن عابدين في «رد المحتار» (٢: ٤٣٩).

(٤) زيادة من أوب وس. (٥) لأن حرف في قد يكون بمعنى الواو؛ لأن حروف الصلوات يقوم بعضها مقام بعض. ينظر: «المسوط» (٦: ١٣٧).

وإن نوى مع ثنتين فثلاث، وفي ثنتين في ثنتين، ونوى الضرب ثنتان. وفي من هنا إلى الشام واحدة رجعية، ونجز الطلاق في بمكة، أو في مكة، أو في الدار، وعلّق في: إذا دخلت مكة، أو في دخولك الدار.

افصل في إضافة الطلاق إلى الزمان

ويقع عند الفجر في أنت طالق غداً، أو في غد، وتصح نية العصر في الثاني فقط قال لغير الموطوءة: أنت طالق واحدة في ثنتين، ونوى واحدة وثنيتين، يقع واحدة، كما إذا قال لغير الموطوءة: أنت طالق واحدة وثنيتين، يقع واحدة، (وإن نوى مع ثنتين فثلاث^(١))، وفي ثنتين في ثنتين، ونوى الضرب ثنتان. وفي من هنا إلى الشام واحدة رجعية^(٢)، ونجز الطلاق في بمكة، أو في مكة، أو في الدار: أي إذا قال: أنت طالق بمكة، أو في مكة، فهو تنجز^(٣). وعلّق في: إذا دخلت مكة، أو في دخولك الدار.

افصل في إضافة الطلاق إلى الزمان

ويقع عند الفجر في أنت طالق غداً، أو في غد، وتصح نية العصر^(٤) في الثاني فقط^(٥)، فإنه إذا قال: أنت طالق غداً، يقتضي أن تكون موصوفة بالطلاق في كل الغد

(١) لأن كلمة: في؛ تأتي بمعنى: مع؛ قال الله تعالى: ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي وَادْخُلِي جَنَّتِي﴾. ينظر: «التبيين» (٢: ٢٠٣).

(٢) لأنه وصفه بالقصر؛ لأنه متى وقع في مكان وقع في كل الأماكن؛ فتخصيصه بالشام تقصير بالنسبة إلى ما وراءه، ثم لا يحتمل القصر حقيقة، فكان قصر حكيم، وهو بالرجعي، وطوله بالبائن؛ ولأنه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدّها إلى مكان، وهو لا يحتمله، فلم يثبت به زيادة شدة. ينظر: «رد المحتار» (٣: ٢٦١-٢٦٢).

(٣) أي تطلق للحال حيث كانت المرأة؛ لأن الطلاق لا اختصاص له بمكان، أو ظرف دون آخر، ولو قال أردت في دخولك مكة صدق ديانة لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر بخلاف الإضافة إلى الزمان المستقبل حيث لا تقع في الحال؛ لأنه كالتعليق كما إذا قال: الشتاء، أو إلى رأس الشهر ونحوه. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٩٠).

(٤) ذكره أنصاف، والمراد أنه لو نوى وقوعه في جزء خاص من أجزاء الغد غير الجزء الأول صح ذلك فيما إذا قال في غير ولا يصح ذلك فيما إذا قال غداً. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٧٥).

(٥) أي في الغد.

وعند أولهما في اليوم غداً، أو غداً اليوم، ولغا أنت طالق قبل أن أتزوجك، وأنت طالق أمس لمن نكحها اليوم، ويقع الآن فيمن نكح قبل أمس، وفي أنت كذا ما لم أطلقك، أو متى لم أطلقك، أو متى ما لم أطلقك، وسكت يقع حالاً. وفي إن لم أطلقك يقع آخر عمره . وإذا وإذا ما بلا نية مثل: إن؛ عند أبي حنيفة رحمته الله، وعندهما كمنى، ومع نية

فيقع عند الفجر، ولا تصح نية العصر كما إذا قال: صمت السنة يدل على أنه صام كلها بخلاف صمت في السنة.

وفي قوله: أنت طالق في غدر يقتضي وقوع الطلاق في جزء من الغد، وليس جزء منه أولى من الجزء الآخر، فيقع عند الفجر؛ لئلا يلزم الترجيح من غير مرجح، أما إذا نوى جزءاً معيناً تصح نيته.

(وعند أولهما في اليوم غداً، أو غداً اليوم): أي إن قال: أنت طالق اليوم غداً، يقع في اليوم، وإن قال: أنت طالق غداً اليوم، يقع في الغد.

(ولغا أنت طالق قبل أن أتزوجك، وأنت طالق أمس لمن نكحها اليوم، ويقع الآن فيمن نكح قبل أمس): أي إن قال: أنت طالق أمس لامرأة نكحها قبل أمس، يقع في الحال إذ لا قدرة له على الإيقاع في الزمان الماضي. (وفي أنت كذا ما لم أطلقك، أو متى لم أطلقك، أو متى ما لم أطلقك، وسكت يقع حالاً^(١)).

وفي إن لم أطلقك يقع^(٢) آخر عمره^(٣).

وإذا وإذا ما بلا نية مثل: إن؛ عند أبي حنيفة رحمته الله، وعندهما كمنى، ومع نية

(١) لأنه أضاف الطلاق إلى زمان حال عن التطليق، وقد وجد حيث سكت، وهذا لأن كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت؛ لأنهما من ظروف الزمان، وكذا كلمة ما للوقت، قال الله تعالى: «مَا دُمْتُ حَيًّا» أي وقت حياتي. ينظر: «الهداية» (١: ٢٣٥).

(٢) زيادة من أوب وس وف.

(٣) هذا باتفاق الفقهاء؛ لأن الشرط أن لا يطلقها وذلك لا يتحقق إلا بالباس عن الحياة؛ لأنه متى طلقها في عمره لم يصدق أنه لم يطلقها بل صدق نقيضه، وهو أنه طلقها، والباس يكون في آخر جزء من أجزاء حياته ولم يقدره المتقدمون بل قالوا: تطلق قبيل موته، فإن كانت مدخولاً بها وورثته يحكم الفرار وإلا لا ترثه. ينظر: «فتح القدير» (٤: ٣١).

الوقت، أو الشرط فكثيره، وفي أنت طالق ما لم أطلقك، أنت طالق، تطلق بالآخر، واليوم للنهار مع فعل ممتد، وللوقت المطلق مع فعل لا ممتد، فعند وجود الشرط ليلاً لا تتخير في: أمرك بيدك، يوم يقدم زيد، وتطلق في: يوم

الوقت، أو الشرط فكثيره: فهذا بناءً على أن: إذا: عند أبي حنيفة رحمته الله مشترك بين الشرط والظرف.

وعندهما حقيقة في الظرف، وقد تجيء للشرط بطريق المجاز. فقوله: إذا لم أطلقك: يكون بمعنى: متى لم أطلقك، كما إذا قال: طلقي نفسك إذا شئت، فإنه بمعنى متى شئت.

وعند أبي حنيفة رحمته الله لما كانت مشتركة بين المعنيين، ففي قوله: إذا لم أطلقك: إن كان بمعنى: متى؛ يقع في الحال، وإن كان بمعنى: إن؛ يقع في آخر العمر، فوقع الشك في وقوعه في الحال، فلا يقع في الشك^(١).

وأما مسألة المشيئة، فإن الطلاق تعلق بمشيئتها، فإن كان: إذا؛ بمعنى: إن؛ انقطع تعلقه بمشيئتها بانقضاء المجلس، وإن كان بمعنى: متى؛ لم ينقطع، فلا ينقطع بالشك.

(وفي أنت طالق ما لم أطلقك، أنت طالق، تطلق بالآخر): أي إن قال: أنت طالق ما لم أطلقك، أنت طالق، تطلق بالآخر، وهي قوله: أنت طالق؛ حتى لو قال: أنت طالق ثلاثاً ما لم أطلقك، أنت طالق، تقع واحدة.

(واليوم للنهار مع فعل ممتد^(٢))، وللوقت المطلق مع فعل لا ممتد، فعند وجود الشرط ليلاً لا تتخير في: أمرك بيدك، يوم يقدم زيد^(٣)، وتطلق في: يوم

(١) حاصله: إن الإمام بنى مذهبه على أن إذا تخرج عن الظرفية وتكون لمحض الشرط وهو قول بعض النحاة كما ذكره في «مغني اللبيب» (١: ٩٤)، لكن ذكر أن الجمهور على أنها للظرفية متضمنة معنى الشرطية، وأنها لا تخرج عن الظرفية وهو مرجح لقولهما هنا، وقد رجحه في «فتح القدير» (٤: ٢٣)، و«البحر» (٣: ٢٩٥).

(٢) تعني بالممتد: ما يقبل التأقيت: كالأمر باليد والصوم، وبما لا يمتد: ما لا يقبل التأقيت كالطلاق والتزوج؛ لأنه لا يقال طلقت شهراً، ويراد الإيقاع في جميعه، أو الامتداد إليه، ولا تزوجت يوماً بهذا المعنى. ثم اختلفت عبارتهم في ماذا يعتبر الامتداد وعدمه: فمنهم: من يعتبره في المضاف إليه اليوم. ومنهم: من يعتبره في الجواب؛ لأنه هو العامل فيه فكان بحسبه والأوجه أن يعتبر الممتد منهما وعليه مسائلهم ينظر: «التبيين» (٢: ٢٠٧).

(٣) زيادة أوب وس.

(٤) أي لو قال لها: أمرك بيدك يوم يقدم زيد، فقدم نهراً، ولم تعلم بالقدم حتى الليل بطل خبرها لانصرافه إلى النهار، ومضيه؛ لأنه فعل ممتد.

اتزوجك فانت طالق

اتزوجك فانت طالق، اعلم أن اليوم إذا قرّن بفعلٍ ممتدٍّ يرادُ به النهار، وإذا قرّن بفعلٍ غير ممتدٍّ يرادُ به الوقت؛ وذلك لأنّ ظرف الزمان إذا تعلّق بالفعل بلا لفظ: في، يكون معياراً له^(١)، كقولنا: صمتُ السّنة، بخلاف قولنا: صمتُ في السّنة.

فإذا كان الفعل ممتدّاً، كالأمر باليد كان المعيار ممتدّاً، فيرادُ باليوم: النهار هاهنا. وإن كان الفعل غير ممتدٍّ كوقوع الطلاق كان المعيار غير ممتدٍّ، فيرادُ باليوم: الوقت.

واعلم أنه قد وقع خبط واضطراب في أن المعتبر في الإمتداد، وعدمه: الفعل الذي تعلّق به اليوم^(٢)، أو الفعل الذي أضيف إليه اليوم^(٣).

فالمذكور في «الهداية» في هذا الفصل: إن اليوم يحمل على الوقت إذا قرّن بفعلٍ لا يمتدّ، والطلاق من هذا القبيل، فينتظم الليل والنهار^(٤).

فهذا دليل على أن المعتبر الفعل الذي تعلّق به اليوم، وهو الطلاق في قوله: يوم اتزوجك فانت طالق.

والمذكور في (أيمان) «الهداية» أنّه إذا قال: يوم أكلم فلاناً، فانت طالق، يتناول الليل والنهار؛ لأن اليوم إذا قرّن بفعلٍ لا يمتدّ يرادُ به مطلق الوقت، والكلام لا يمتدّ^(٥).

فهذا يدل على أن المعتبر الفعل الذي أضيف إليه اليوم. إذا عرفت هذا، فإن كان كل واحدٍ منهما غير ممتدٍّ، كقوله: أنت طالق يوم يقدم زيد، يرادُ باليوم: مطلق الوقت.

وإن كان كل واحدٍ منهما ممتدّاً، نحو: أمرك ببيلك يوم أسكن هذه الدار، يرادُ باليوم: النهار.

وإن كان الفعل الذي تعلّق به اليوم غير ممتدٍّ، والفعل الذي أضيف إليه اليوم ممتدّاً،

(١) معياراً له: أي للفعل والمراد بالمعيار ظرف لا يُفصل عن المظروف: كالיום للصوم. ينظر: «التوضيح» (١: ١٧١).

(٢) المراد به الفعل الذي كان اليوم ظرفاً لوقوعه سواء كان مقدماً عليه ذكراً أو مؤخراً. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٧٩).

(٣) أي الفعل المضاف إليه اليوم: كالقدوم في قوله: يوم يقدم فلان. ينظر: «العمدة» (٢: ٧٩).

(٤) انتهى من «الهداية» (١: ٢٣٦). باختصار.

(٥) انتهى من «الهداية» (٢: ٨٤). باختصار.

وراجع في أنت طالق ثنتين مع عتق سيديك لك لو أعتق، وعند مجيء غد، بعد تعليق عتقها وتطليقها بمجيئه لا، خلافاً لمحمد عليه السلام.

نحو: أنت طالق يوم أسكن هذه الدار، أو بالعكس^(١)، نحو: أمرك بيدك يوم يقدم زيد، ينبغي أن يراذ باليوم النهار ترجيحاً لجانب الحقيقة.

وإنما قلنا: إن الطلاق غير ممتد؛ لأن المراد إيقاع الطلاق، فلا يقال: إن يكون المرأة طالقاً ممتد؛ لأن الطلاق إذا وقع، فكون المرأة طالقاً أمر مستمر، فلا فائدة في تعلق اليوم به، فيكون اليوم متعلقاً بإيقاع الطلاق لا بكون المرأة طالقاً.

واعلم أن المراد بالامتداد: إمتداد يمكن أن يستوعب النهار، لا مطلق الإمتداد؛ لأنهم جعلوا التكلم من قبيل غير الممتد، ولا شك أن التكلم ممتد زماناً طويلاً، لكن لا يمتد بحيث يستوعب النهار عادة^(٢).

(وراجع في أنت طالق ثنتين مع عتق سيديك لك لو أعتق): رجل تزوج أمة غيره، فقال لها: أنت طالق ثنتين مع إعتاق مولاي إياك، فأعتقها المولى، فطلقت ثنتين، فالزوج يملك الرجعة؛ لأن إعتاق المولى جعل شرطاً للتطليق، فيكون مقدماً عليه، فالعتق يكون مقدماً على وقوع الطلاق، فيقع الطلاق، وهي حرة، فيصير طلاقها ثلاثاً، فيملك الزوج الرجعة.

فإن قيل: كلمة: مع؛ للقران.

قلنا: جاءت للتأخير، نحو: قوله تعالى^(٣): ﴿إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾^(٤).

(وعند مجيء غد، بعد تعليق عتقها وتطليقها بمجيئه لا، خلافاً لمحمد عليه السلام): يعني لو قال المولى: إذا جاء الغد فأنت حرة، وقال الزوج: إذا جاء الغد فأنت طالق ثنتين، فجاء الغد، وقع العتق والطلاق، ولا يملك الزوج الرجعة؛ لأن وقوع العتق مقارنة لوقوع الطلاق، فيقع الطلاق، وهي أمة بخلاف المسألة الأولى، فإن وقوع الطلاق متوقف على وقوع العتق، فاعتبر التقدم والتأخر بالرتبة^(٥).

(١) أي يكون الفعل الذي تعلق به الظرف ممتداً، والمضاف إليه غير ممتد.

(٢) زيادة أو ب و س.

(٣) زيادة من أ.

(٤) من سورة الشرح، الآية (٦).

(٥) لأن العتق شرط، والشرط مقدّم على المشروط رتبة، وهذا التقدم والتأخر الرتبي أوجب التقدم والتأخر

الزمانى. ينظر: «المعمدة» (٢: ٨٢).

وتعتد كالحرة، ويقع بآنا منك بائن، أو عليك حرام إن نوى، لا بآنا منك طالق وإن نوى، وأنت طالق واحدة أو لا، أو مع موتي، أو مع موتك. ولا طلاق بعدما ملك أحدهما صاحبه، أو شقصه.

افصل في تشبيه الطلاق ووصفه

وبانت طالق هكذا، يشير بالأصبع، يقع بعده.

وعند محمد ﷺ يملك الرجعة؛ لأن العتق أسرع وقوعاً؛ لأنه رجوع إلى الحالة الأصلية، وهي أمر مستحسن بخلاف الطلاق، فإنه أبغض المباحات، فيكون في وقوعه بطلاً وتأخراً.

(وتعتد كالحرة) بالاتفاق أخذاً بالاحتياط.

(ويقع بآنا منك بائن، أو عليك حرام إن نوى^(١))، لا بآنا منك طالق وإن نوى^(٢)، وأنت طالق واحدة أو لا^(٣)، أو مع موتي، أو مع موتك^(٤). ولا طلاق بعدما ملك أحدهما صاحبه، أو شقصه^(٥)؛ لأنه وقع الفرقة بينهما بملك الرقة، والطلاق يستدعي قيام النكاح.

افصل في تشبيه الطلاق ووصفه

(وبانت طالق هكذا، يشير بالأصبع، يقع بعده): أي بعدد الأصبع، والأصبع

(١) أي يقع بآنا؛ لأن الإبانة إزالة وصلة النكاح، والحرام إزالة الحل وهما مشتركان فيهما، ولو لم يقل منك أو عليك لم تطلق. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ١٦/ب).

(٢) أي فهو لغو لا يعا به؛ لأن الطلاق شرع مضافاً إلى المرأة، فإذا طلق الزوج نفسه فقد غير المشروع. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٣٩٦).

(٣) لأن الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بالعدد، وقد دخل عليه حرف الشك، فصار الطلاق لغواً. ينظر: «الدر المنقى» (١: ٣٩٦).

(٤) بسبب إضافته إلى حالة منافية للإيقاع أو الوقوع. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٤٤٢).

(٥) شقص: بكسر الشين، جمعه الأشقاص: وهو الطائفة من الشيء. أي البعض. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٢٦).

ويعتبر المنشورة لو أشار ببطونها، ولو أشار بظهورها، فالمضمومة، وبانت طالق بائن، أو أنت طالق أشد الطلاق، أو أفحشه، أو أخبشه، أو طلاق الشيطان، أو البدعة، أو كالجبل، أو كالف، أو ملء البيت، أو تطليقة شديدة، أو طويلة، أو عريضة بلا نية ثلاث واحدة بائة، ومعها ثلاث. ومن طلقها ثلاثاً قبل الوطء وقعن، فإن فرق بائة بالأولى ولم تقع الثانية، ففي: أنت طالق واحدة واحدة، تقع واحدة.

يذكر ويؤث^(١)، (ويعتبر المنشورة لو أشار ببطونها، ولو أشار بظهورها، فالمضمومة)^(٢)؛ لأنه إذا أشير بالأصابع المنشورة، فالعادة أن يكون بطن الكف في جانب المخاطب، وإذا عقد بالأصابع يكون بطن الكف في جانب العاقد.

(وبانت طالق بائن، أو أنت طالق أشد الطلاق، أو أفحشه، أو أخبشه، أو طلاق الشيطان، أو البدعة، أو كالجبل، أو كالف، أو ملء البيت، أو تطليقة شديدة، أو طويلة، أو عريضة بلا نية ثلاث واحدة بائة^(٣)، ومعها ثلاث^(٤)) قوله: بلا نية ثلاث، يشمل ما إذا لم ينو عدداً، أو نوى واحدة، أو ثنتين، وهذا في الحرّة، وأما في الأمة فثنتان بمنزلة الثلاث في الحرّة.

(ومن طلقها ثلاثاً قبل الوطء وقعن، فإن فرق بائة بالأولى ولم تقع الثانية، ففي: أنت طالق واحدة واحدة، تقع واحدة.

(١) ذكره الشارح دفعاً لما يقال: إن الأصبع من الألفاظ المؤنثة السماعية، فكيف ذكر المصنف الضمير الرجّاع إليها. ينظر: «عمدة القاية» (٢: ٨٣).

(٢) غير صاحب «الهداية» (١: ٢٢٨) و«التبيين» (٢: ٢١١)، عن هذا التفصيل بقبيل، ومشى عليه المصنف والشارح، وصاحب «الفرق» (١: ٣٦٦)، و«الملتقى» (ص ٥٩)، و«التنوير» (٢: ٤٤٧-١١٨)، وقال صاحب «الشرنبلالية» (١: ٣٦٦): ضعيف، والمعتبر المنشور مطلقاً وعليه المعول، فلا تعتبر المضمومة مطلقاً قضاء للعرف والسنة، وتعتبر ديانة. ووافقه ابن عابدين في «رد المحتار» (٢: ٤٤٩). واللكوني في «عمدة الرعاية» (٢: ٨٣)، وعول عليه صاحب «فتح القدير» (٤: ٤٨).

(٣) أي تقع واحدة بائة بكل واحد من هذه الألفاظ بلا نية الثلاث؛ لأن وصفه بما يحتمله لفظه، ألا ترى أن البيونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به، فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين ينظر: «الهداية» (١: ٢٣٨).

(٤) أي تقع مع كل واحدة من الألفاظ السابقة مع نية الثلاث ثلاث، وذلك لتنوع البيونة إلى خبيئة وغليلة. ينظر: «الدر المنثور» (١: ٢٩٩).

يرفع بعدد قرن بالطلاق، لا به، فيلغو أنت طالق لو ماتت قبل ذكر العدد، وبانت طالق واحدة قبل واحدة، أو بعدها واحدة واحدة، وبانت طالق واحدة قبلها واحدة، أو بعد واحدة، أو مع واحدة، أو معها واحدة ثنتان، وفي الموطوءة ثنتان في كلها. وبانت طالق واحدة واحدة إن دخلت الدار ثنتان لو دخلت، وواحدة إن قدم شرطه

ويقع بعدد قرن بالطلاق، لا به^(١)، فيلغو أنت طالق لو ماتت قبل ذكر العدد، وبانت طالق واحدة قبل واحدة، أو بعدها واحدة واحدة: لأن الواحدة الأولى وصفت بالقبلية^(٢)، فلمّا وقعت لم يبق للثانية محلّ.

(وبانت طالق واحدة قبلها واحدة، أو بعد واحدة، أو مع واحدة، أو معها واحدة ثنتان)^(٣): أمّا في قبلها وبعد واحدة؛ فلأن الواحدة الأولى، وهي التي يوقعها في الحال، وصفت بالبعدية، فاقترض وقوع واحدة متقدمة عليها، لكن لا قدرة له على الإيقاع في الزمان الماضي، فيقع في الحال، فتكون الواحدة الأولى والثانية متقارنتين^(٤)، أي في الوجود وكله لقيام المحلية بعد وقوع الأول^(٥)، وأمّا في مع ومعها فظاهر. (وفي الموطوءة ثنتان في كلها^(٥)).

وبانت طالق واحدة واحدة إن دخلت الدار ثنتان لو دخلت، وواحدة إن قدم شرطه: أي قال: إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة واحدة، فعند تقدم الشرط تقع واحدة، وهذا في غير الموطوءة؛ فإن الواحدة الثانية تعلقت بالشرط بواسطة الأولى، فإذا وجد الشرط يقع بهذا الترتيب، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وأمّا عندهما

(١) أي لا بالطلاق؛ لأن صدر الكلام موقوف على ذكر العدد فلا يفيد الحكم قبله. ينظر: «درر الحكام» (١): ٣٦٦.

(٢) يعني بالصراحة؛ لأن البعدية في قوله: بعدها واحدة صفة الأخيرة فوق الأولى قبلها ضرورة. ينظر: «الشرنبلالية» (١: ٣٦٧).

(٣) أي في تلك الصور الأربعة؛ لأنه إنشاء طلاق سبق عليه طلاق آخر، فكانه أنشأ طلقين بعبارة واحدة فيقع اثنتان ولو غير موطوءة. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٠٠).

(٤) زيادة من م.

(٥) لقيام المحلية بعد وقوع الأولى. ينظر: «الدر المنثور» (١: ٤٠٠).

افصل في كنايات الطلاق

وكنايته ما لم يوضع له واحتمله وغيره ، فلا تطلق إلا بنية ، أو دلالة الحال . ومنها : اعتدي ، واستبرني رجمك ، وأنت واحدة ، وبها تقع واحدة رجعية . وبياقها : كانت بائن ، بثة ، بثلة ، حرام ، خلية ، برية ، حبك على يقع ثتان ، وتحقيقه في أصول الفقه في حروف معاني ^(١) .

افصل في كنايات الطلاق

(وكنايته ما لم يوضع له واحتمله وغيره ، فلا تطلق إلا بنية ، أو دلالة الحال ^(٢) .

ومنها : اعتدي ، واستبرني رجمك ، وأنت واحدة ، وبها تقع واحدة رجعية . وبياقها : كانت بائن ، بثة ^(٣) ، بثلة ^(٤) ، حرام ، خلية ^(٥) ، برية ^(٦) ، حبك على

(١) قال الفتازاني في «التلويح» (١ : ١٩٠) : مبني الخلاف على أن تعليق الأجزاء بالشرط عنده على سبيل التعاقب ؛ لأن قوله : إن دخلت الدار فأنت طالق جملة كاملة مستتية عما بعدها فيحصل بها التعليق بالشرط ، وقوله : وطالق جملة ناقصة مفتقرة في الإفادة إلى الأولى فيكون تعليق الثانية بعد تعليق الأولى وإذا كان تعليق الأجزاء بالشرط على سبيل التعاقب دون الاجتماع كان وقوعها أيضا كذلك ؛ لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط ، وفي المنجز تبين بالأولى فلا تصادف الثانية ، وهذا بمنزلة الجواهر المنظومة تنزل عند الانحلال على الترتيب الذي نظمت به ، بخلاف ما إذا قدم الأجزاء فإن الكل يتعلق بالشرط دفعة ؛ لأنه إذا كان في آخر الكلام ما يغير أوله يتوقف الأول على الآخر ، فلا يكون به تعاقب في التعليق حتى يلزم التعاقب في الوقوع ، وعندهما يقع الكل دفعة ؛ لأن زمان الوقوع هو زمان وجود الشرط ، والتفريق إنما هو في أزمة التعليق لا في أزمة التطبيق لأن الترتيب إنما هو في التكلم لا في صيرورة اللفظ تطبيقاً ، ونمامه في «التلويح» .

(٢) لأنها لما لم توضع له واحتمله وغيره وجب التعيين بالنية أو دلالة التعيين كحال مذاكرة الطلاق وحال الغضب . ينظر : «درر الحكام» (١ : ٣٦٨) .

(٣) بثة : من البت بمعنى القطع إما عن قيد النكاح أو حسن الخلق . ينظر : «حاشية الشلبي» (٢ : ٢١٧) .

(٤) بثلة : من البتل ، وهو الانقطاع ، وبه سميت مريم ؛ لانقطاعها عن الرجال ، وفاطمة الزهراء ؛ لانقطاعها عن نساء زمانها فضلاً ودينياً وحسباً . ينظر : «رد المحتار» (٢ : ٤٦٥) .

(٥) خلية : أي خالية إما عن النكاح أو عن الخير . ينظر : «البحر» (٢ : ٣٢٤) .

(٦) برية : أي منفصلة إما عن قيد النكاح أو حسن الخلق . ينظر : «رد المحتار» (٢ : ٤٦٤) .

(٧) زيادة من أ و ب .

غاربك، إلحقي بأهلك، وهبئك لأهلك، سرحتك، فارقتك، أمرك بيدك، أنت حرة،
تقضي، تخمري، استتري، أغربي، أخرجي، إذهي، قومي، ابغني الأزواج بقع
واحدة بائة إن نواها أو ثنتين، وثلاث إن نواه. وفي: اعتدي ثلاث مرآت لو نوى
بالأول طلاقاً، وبغيره حيفاً صدق، وإن لم ينو بغيره شيئاً فثلاث

غاربك، إلحقي بأهلك، وهبئك لأهلك، سرحتك، فارقتك، أمرك بيدك، أنت حرة،
تقضي، تخمري، استتري، أغربي، أخرجي، إذهي، قومي، ابغني الأزواج بقع
واحدة بائة إن نواها أو ثنتين، وثلاث إن نواه.

وفي: اعتدي ثلاث مرآت لو نوى بالأول طلاقاً، وبغيره حيفاً صدق، وإن لم
ينو بغيره شيئاً فثلاث).

وعبارة^(١) «المختصر» هكذا: «وكنايته: ما يحتمله وبغيره»، فنحو: أخرجي،
واذهبي، وقومي، يحتمل رداً^(٢).

ونحو: خلية، برية، بنة، حرام، بائن، يصلح سباً^(٣).

ونحو: اعتدي، واستبرئي رجمك، أنت واحدة، أنت حرة، اختاري، أمرك
يدك، سرحتك، فارقتك، لا يحتمل الرد والسب^(٤).

ففي حالة^(٥) الرضا يتوقف الكل على النية، وفي الغضب الأولان، وفي مذاكرة
الطلاق الأول فقط^(٦).

والمراد بحالة الرضا: أن لا يكون حالة^(٧) غضب، ولا مذاكرة الطلاق، فحينئذ
يتوقف الأقسام الثلاثة على النية.

(١) أورد عبارة مختصرة لكونها مع اختصارها مفيدة لتفصيل لم يذكره المصنف.

(٢) زيادة من ب.

(٣) أي لسؤال المرأة الطلاق بأن يريد تبعيها عن نفسه، وجواباً لسؤالها الطلاق بأن يريد إخراجي لأنني

طلقتك، وكذا البواقي. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ١٠٨).

(٤) أي للمرأة، وجواباً لسؤالها الطلاق.

(٥) للمرأة، وإنما يصلح جواباً لسؤالها ومعاني أخرى.

(٦) زيادة من ف و م.

(٧) انتهى من «النهاية» (ص ٨٧).

(٨) زيادة من أ و ب.

باب التفويض

[فصل في الاختيار]

وَلَمَنْ قِيلَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ، أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ، أَوْ اخْتَارِي، بِنَيَّْةِ الطَّلَاقِ تَطْلِيقُهَا فِي مَجْلَسٍ عَلِمَتْ بِهِ وَإِنْ طَالَ مَا لَمْ تُقَمْ، أَوْ لَمْ تَعْمَلْ مَا يَقْطَعُهُ لَا بَعْدَهُ.

وفي حال الغضب يتوقف الأولان: أي ما يصلح ردًّا وما يصلح سبًّا على النية، إن نوى الطلاق يقع به الطلاق، وإن لم ينو لا يقع، وأمَّا القسم الأخير: وهو ما لا يصلح ردًّا ولا سبًّا يقع به الطلاق، وإن لم ينو.

وفي حال مذاكرة الطلاق يتوقف الأول: أي ما يصلح ردًّا على النية، أمَّا الآخرون، وهما ما يصلح سبًّا وما لا يحتمل الردُّ والسبُّ، فيقع بهما الطلاق وإن لم ينو^(١).

باب التفويض

[فصل في الاختيار]

(وَلَمَنْ قِيلَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ، أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ، أَوْ اخْتَارِي، بِنَيَّْةِ الطَّلَاقِ تَطْلِيقُهَا فِي مَجْلَسٍ عَلِمَتْ بِهِ وَإِنْ طَالَ)، قَوْلُهُ: تَطْلِيقُهَا: مَبْتَدَأٌ، وَلَمَنْ قِيلَ: خَبَرُهُ، ثُمَّ فُسِّرَ الْمَجْلِسُ، بِقَوْلِهِ: (مَا لَمْ تُقَمْ، أَوْ لَمْ تَعْمَلْ مَا يَقْطَعُهُ لَا بَعْدَهُ): أَيُّ لَا يَكُونُ لَهَا الْاِخْتِيَارُ بَعْدَ قِيَامِهَا عَنِ الْمَجْلَسِ، وَلَا بَعْدَ عَمَلٍ يَقْطَعُهُ، فَإِنَّ الْمَجْلِسَ، يَتَبَدَّلُ بِأَحَدٍ الْأَمْرَيْنِ، إِمَّا بِالْقِيَامِ، أَوْ بَعْدَ عَمَلٍ لَا يَكُونُ بِمَجْلَسٍ مَا مَضَى.

(١) جدول توضيحي للمسألة:

رد وجواب	سب وجواب	جواب فقط
اخرجي، اذهبي	خلية، برقة	اعتدي، استبرئي
تلزم النية	تلزم النية	تلزم النية
تلزم النية	تلزم النية	يقع بلا نية
تلزم النية	يقع بلا نية	يقع بلا نية

(٢) زيادة من ت وج وف وم.

وجلس القائمة، واتكأ القاعدة، وقعود المتكئة، ودعاه الأب للشورى، وشهود
نشهدهم، ووقف دابة هي راكبها لا يقطع، وملكها كيبتها، وسير دابيتها كسبرها،
وفي: اختاري لا تصح نية الثلاث، بل تبين إن قالت: اخترت نفسي، أو اختار
نفسى، وشرط ذكر النفس من أحدهما. وفي: اختاري اختيارة، لو قالت: اخترت
تبين ولو كرر اختاري ثلاثاً، فقالت: اخترت اختيارة، أو اخترت الأولى، أو
الوسطى، أو الأخيرة يقع ثلاث بلا نية

(وجلس القائمة، واتكأ القاعدة، وقعود المتكئة، ودعاه الأب للشورى، وشهود
نشهدهم، ووقف دابة هي راكبها لا يقطع، وملكها كيبتها^(١)، وسير دابيتها
كسبرها)، حتى^(٢) لا يتبدل المجلس بجري الفلك، ويتبدل بسير الدابة.
وفي: اختاري لا تصح نية الثلاث^(٣)، بل تبين إن قالت: اخترت نفسي، أو
اختار نفسي، وشرط ذكر النفس من أحدهما^(٤).

وفي: اختاري اختيارة، لو قالت: اخترت تبين: أي إن لم يذكر أحدهما
النفس، بل قال الزوج: اختاري اختيارة، تقع إن قالت: اخترت.
(ولو كرر اختاري ثلاثاً، فقالت: اخترت اختيارة، أو اخترت الأولى، أو
الوسطى، أو الأخيرة يقع ثلاث بلا نية)، وهذا عند أبي حنيفة^(٥)؛ لأنه اجتمع في
ملكها الطلقات الثلاث بلا ترتيب، كالمجتمع في المكان^(٦)، فإذا بطل الأولى،
والأوسطية، والأخيرة، بقي مطلق الاختيار، فصار كما لو قالت: اخترت.

(١) أي السفينة التي هي راكبها بمنزلة بيتها لأن جريان السفينة لا يضاف إلى راكبها، ولهذا لا يقدر على
إيقافها متى شاء. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ٩٨/ب).

(٢) ساقطة من م.

(٣) لأن الاختيار لا يتنوع بخلاف الإبانة؛ لأن الإبانة قد تتنوع. ينظر: «الهداية» (١: ٢٤٣).

(٤) متصلاً أو منفصلاً في المجلس. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ١١٤).

(٥) وعندهما تقع واحدة. ينظر: «الملتقى» (ص ٦١).

(٦) أي إن القوم إذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر، وإنما الترتيب في فعل الأعيان. يقال
هذا جاء أولاً، وهذا جاء آخرًا، وكل ما لا ترتيب فيه يلفو فيه الكلام الذي هو للترتيب بغير
«العناية» (٤: ٨٤).

ولو قالت: طَلَّقْتُ نفسي، أو اخترتُ نفسي بتطبيقِ بانتِ بواحدةٍ في الأصح.

[فصل في الأمر باليد]

ولو قال: أمرك بيدك في تطليقة، أو اختاري بتطبيق، فاختارت نفسها يقعُ واحدة رجعية. ولو قال: أمرك بيدك، ونوى الثلاث، فقالت: اخترتُ نفسي بواحدة، أو بمرة واحدة يقعن، وإن قالت: طَلَّقْتُ نفسي واحدة، أو اخترتُ نفسي بتطبيق، فواحدة بائنة.

(ولو قالت: طَلَّقْتُ نفسي، أو اخترتُ نفسي بتطبيقِ بانتِ بواحدةٍ^(١) في الأصح^(٢))، وذكر في «الهداية»: إنه يقعُ واحدة، ويملك الرجعة^(٣). وقيل: هذا غلطٌ وقعَ من الكاتب، والصوابُ أنه لا يملك الرجعة. وقيل: فيه روايتان:

أحدهما: أنه يقعُ واحدة رجعية؛ لأن لفظهما صريح. والأخرى: أنها بائنة، وهذا أصح.

[فصل في الأمر باليد]

(ولو قال: أمرك بيدك في تطليقة، أو اختاري بتطبيق، فاختارت نفسها يقعُ واحدة^(٣) رجعية^(٤)).

ولو قال: أمرك بيدك، ونوى الثلاث، فقالت: اخترتُ نفسي بواحدة، أو بمرة واحدة يقعن^(٥)، وإن قالت: طَلَّقْتُ نفسي واحدة، أو اخترتُ نفسي بتطبيق، فواحدة بائنة^(٦).

(١) والأنسب إيداله بقوله: هو الصواب؛ لأن ما في «الهداية» وبعض نسخ «الجامع الصغير» من أنه يملك الرجعة جزم الشارحون بأنه غلط، وما في «البحر» من أنه رواية ردّه في «النهر». ينظر: «رد المحتار» (٢: ٤٨٠).

(٢) انتهى من «الهداية» (١: ٢٤٤)، بتصرف.

(٣) زيادة من أوب.

(٤) لأنها تتصرف بمحل الزوج، وهو إنما جعل لها تطليقة صريحة، والصريح يعقب الرجعة. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ١١٥).

(٥) أي ثلاث تطليقات؛ لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد؛ لكونه تعليقاً كالخير، والواحدة صفة للاختيار فصار كأنها قالت: اخترتُ نفسي بمرة واحدة، وبذلك تقع الثلاث. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٩١).

(٦) لأنه لما نوى ثلاثاً فقد فوّض إليها الثلاث، وهي أنت بالواحدة فيقعُ واحدة كما لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً، فطلقت نفسها واحدة، فتكون بائنة؛ لأنه ملكها نفسها، ولا تملك نفسها إلا بالثلاث وغامه في «البدائع» (٣: ١١٧).

ولو قال: أمرك بيدك اليوم وبعد غد، لا يدخل الليل فيه، وبطل أمر اليوم إن ردته، وبقي الأمر بعد غد، وفي أمرك بيدك اليوم وغداً دخل الليل، ولا يبقى الأمر في غد إن ردته في يومها.

[فصل في المشيئة]

ولو قال: طلقني نفسك، ولم ينو، أو نوى واحدة، فطلقت نفسها يقع رجعية، وإن طلقت ثلاثاً ونواه صح، ونية الثنتين لا، إلا إذا كانت المنكوحة أمة

ولو قال: أمرك بيدك اليوم وبعد غد، لا يدخل الليل فيه، وبطل أمر اليوم إن ردته، وبقي الأمر بعد غد، وفي أمرك بيدك اليوم وغداً دخل الليل، ولا يبقى الأمر في غد إن ردته في يومها^(١)؛ لأن الليل يصير تابعاً هنا، يصير المجموع تفويضاً واحداً، فإذا ردته في البعض بطل المجموع بخلاف الفصل الأول؛ لأنه يصير تفويضتين، فإذا ردت أحدهما بقي الآخر.

[فصل في المشيئة]

(ولو قال: طلقني نفسك، ولم ينو، أو نوى واحدة، فطلقت نفسها يقع رجعية، وإن طلقت ثلاثاً ونواه^(٢) صح، ونية الثنتين لا،^(٣) إلا إذا كانت المنكوحة أمة^(٤))؛ لأنه واحد اعتباري في حقها، لأن قوله طلقني معناه: افعلي فعل الطلاق، فالطلاق مصدر، وهو لفظ فرد يحتمل الواحد الاعتباري، وهو الثلاث، فلا يدل على العدد.

(١) لأن الطلاق لا يحتمل التأنيث، أما الأمر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير أن عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر في قصد تقييد الأمر المذكور بالأول، وتقييد أمر آخر بالثاني، فصار عطف جملة: أي أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد. ولو قال: أمرك بيدك اليوم لا يدخل الليل، بخلاف اليوم وغداً، فإنه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعاً يحرف الجمع في التملك الواحد. ينظر: «فتح القدير» (٤: ٩٠ - ٩١).

(٢) أي نوى الزوج الثلاث يقعن عليها؛ لأن قوله طلقني معناه افعلي فعل الطلاق، وهو جنس فرد يحتمل الفرد حقيقة، وهو الواحد عند عدم النية والفرد اعتبارياً وهو الثلاث، ويحمل عليه عند النية. ينظر: «شرح ابن ملك» (١/٩٩).

(٣) زيادة من أ و ب و ج و ص. وذكرت في بعد: فلا يدل على العدد.

ويقع بأبنت نفسي رجعية، وباخترت نفسي لا يقع، ولا يصح الرجوع عن طلقي نفسك، ويتقيد بالجلس، وفي: طلقي ضرثك، وطلق امرأتي خلاهما، وفي: طلقي نفسك متى شئت لا يتقيد، وفي: طلقها إن شئت يتقيد ولا يرجع، ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً، فطلقت واحدة فواحدة، ولا يقع شيء في عكسه

(ويقع بأبنت نفسي رجعية)؛ لأنها قالت في جواب طلقي نفسك، فليس لها إيقاع البائن، بل مطلق الطلاق، ففي قولها: أبنت نفسي؛ بطلت صفة الإبانة، وبقي مطلق الطلاق، وهو رجعي، (وباخترت نفسي لا يقع)؛ لأنه ليس من ألفاظ الطلاق. ولا يصح الرجوع عن طلقي نفسك، ويتقيد بالجلس، وفي: طلقي ضرثك، وطلق امرأتي خلاهما)؛ أي يصح عنه الرجوع، ولا يتقيد بالجلس؛ لأن طلقي نفسك ليس بتوكيل، بل هو يمين، لأنه تعليق الطلاق بتطبيقها، واليمين تصرف لازم، فلا يقبل الرجوع، ثم هو عليك؛ لأنها تعمل لنفسها، فيتقيد بالجلس، وأما طلقي ضرثك، وطلق امرأتي، فتوكيل، فيقبل الرجوع، ولا يتقيد بالجلس.

(وفي: طلقي نفسك متى شئت لا يتقيد)؛ أي بالجلس، (وفي: طلقها إن شئت يتقيد ولا يرجع)؛ أي لو^(١) قال لأحد: طلق امرأتي إن شئت يتقيد بالجلس؛ لأنه علقه بمشيتيه، فصار عليك لا توكيلاً، فيتقيد بالجلس، ولا يرجع عنه كما في طلقي نفسك. (ولو قال لها^(٢): طلقي نفسك ثلاثاً، فطلقت واحدة فواحدة^(٣))، ولا يقع شيء في عكسه)؛ أي لو^(٤) قال لها: طلقي نفسك واحدة، فطلقت ثلاثاً، لا يقع شيء^(٥) عند أبي حنيفة رحمته الله؛ لأنه فوض إليها إيقاع الواحدة قصداً، لا في ضمن الثلاث، وعندهما تقع واحدة.

(١) زيادة من أ وب.

(٢) زيادة من أ وب.

(٣) لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة؛ لأن من ملك شيئاً ملك كل جزء من أجزائه. ينظر: «التبيين» (٢: ٢٧٧).

(٤) زيادة من أ وب وف.

(٥) هذا إذا طلقت ثلاثاً دفعة، أما لو فرقت الثلاث، فإنه يقع بالأولى اتفاقاً، ثم لا يقع شيء. ينظر: «الشرنبلالية» (١: ٣٧٥).

ولو أمرت بالبائن، أو الرجعي فعكست، يقع ما أمر به. ولا يقع في: طلقني نفسك ثلاثاً إن شئت لو طلقته واحدة، وعكسه، ولا في: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت إن شئت، فقال: شئت، وإن نوى الطلاق

(ولو أمرت بالبائن^(١)، أو الرجعي^(٢) فعكست^(٣)، يقع ما أمر به^(٤)).

ولا يقع في: طلقني نفسك ثلاثاً إن شئت لو طلقته واحدة، وعكسه: أي لو^(٥) قال لها: طلقني نفسك واحدة إن شئت فطلقته ثلاثاً، لا يقع، ففي الأول لا يقع شيء؛ لأن المراد إن شئت الثلاث، ولم توجد مشيئة الثلاث، وفي الثانية لا يقع شيء عند أبي حنيفة رحمته؛ لأن المراد طلقني نفسك واحدة قصدية إن شئت، ولم توجد مشيئة الواحدة قصداً، وعندهما تقع واحدة.

(ولا في: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت إن شئت، فقال: شئت)؛ لأنه علّق الطلاق بمشيئتها الموجودة في الحال، ولم يوجد ذلك؛ لأنها علقت وجود مشيئتها بوجود مشيئته، ولا علم لها بوجود مشيئته؛ وذلك لأن قوله أنت طالق إنشاء، فهو إيقاع في الحال، لكن بشرط مشيئتها، فمشيئتها لا بد من وجودها في الحال، ولم يوجد ذلك، (وإن نوى الطلاق): أي إن نوى الطلاق بقوله: شئت.

قال في «الهداية»: لأنه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق؛ ليصير الزوج شائياً طلاقها، والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال: شئت طلاقك، يقع إذا نوى، لأنه إيقاع مبتدأ؛ لأن المشيئة تنبئ عن الوجود^{(٦)(٧)}.

(١) أي بأن قال: طلقني نفسك بائنة واحدة.

(٢) أي بأن قال: طلقني نفسك واحدة رجعية.

(٣) أي بأن قالت طلق نفسي واحدة رجعية في الأولى أو بائنة في الثانية.

(٤) أي الزوج، فيقع في الأولى البائن، وفي الثانية الرجعي؛ لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف فيلغو الوصف ويبقى الأصل. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤١٤).

(٥) زيادة من أ وب.

(٦) لأنها من الشيء وهو الوجود بخلاف ما لو قال: أردت طلاقك؛ لأنه لا يبين عن الوجود، بل هي

طلب نفس الوجود عن ميل. وفيه بحث طويل في «عمدة الرعاية» (٢: ٩٦).

(٧) انتهى من «الهداية» (١: ٢٤٩).

وكذا كلُّ تعليقٍ معدوم. ويقع لو علقت بموجود، وفي: أنت طالق إذا شئت، أو إذا ما شئت، أو متى شئت، أو متى ما شئت لا يرتدُّ الأمرُ بردها، وتطلق متى شئت واحدة لا غير. وفي: كلُّما شئت لها إيقاع واحدة، ثمَّ وثمَّ لا الثلاث جميعاً، ولا التَّطليقُ بعد زوج آخر

أقول: إذا قال الزوج: أنت طالق إن شئت، فمعناه إن شئت طلاقك، فقالت: شئت إن شئت: أي شئت طلاقي إن شئت طلاقي، فقال الزوج: شئت: أي شئت طلاقك، فلما كان الطلاق مقدرًا لعملِ النية فيه، فيمكن أن يجاب عنه، بأن المقدر الطلاق الذي هو مفعول المشيئة، وإذا قال الزوج: شئت قدر له مفعول، وهو الطلاق. فهذا هو الطلاق الذي جعل مفعولاً للمشيئة، لا الطلاق الذي جعل جزءاً للمشيئة، وتقدير ذلك الطلاق لا يوجب الوقوع؛ لأنه علّق الطلاق بمشيئتها، الطلاق مشيئة موجودة، ولم توجد تلك المشيئة، بل علقت المرأة وجودها بوجود مشيئته، وهو غير معلوم لها، أمّا إذا قال: شئت الطلاق، ونوي يقع؛ لأنَّ هذا إنشاء مبتدأ، وإنما احتاج إلى النية؛ لأنه يمكن أن يراد بالطلاق ما هو مفعول المشيئة، فإن نوى هذا لا يقع، وإن نوى طلاقاً ابتدائياً يقع، فلا بد من النية.

(وكذا كلُّ تعليقٍ معدوم^(١)).

ويقع لو علقت بموجود، كما لو قالت: شئت إن كانت السماء فوق الأرض. وفي: أنت طالق إذا شئت، أو إذا ما شئت، أو متى شئت، أو متى ما شئت لا يرتدُّ الأمرُ بردها؛ لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت، فلم يكن تعليقاً قبل المشيئة حتّى يرتدُّ بالرد^(٢)، (وتطلق متى شاءت واحدة لا غير^(٣)).

وفي: كلُّما شئت لها إيقاع واحدة، ثمَّ وثمَّ^(٤)؛ لأنَّ كلمة: كلُّما؛ تعمُّ الأفعال كما تعمُّ الأزمان، (لا الثلاث جميعاً، ولا التَّطليقُ بعد زوج آخر)؛ فقوله: ولا

(١) أي لم يوجد بعد: كأن شاء أبي، أو إن جاء الليل، وهي في النهار ينظر: «الدر المختار» (٢: ٤٨٩).

(٢) أي فإنه لما لم يملكها في الحال شيئاً بل أضافه إلى وقت مشيئتها فلا يكون تعليقاً قبله فلا يرتد بالرد.

(٣) لأنها تعمُّ الأزمان دون الأفعال فتملك التَّطليق في كل زمان، ولا تملك تطلقاً بعد تطلق بغير.

«الهداية» (١: ٢٤٩).

(٤) أي فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثاً.

وفي: حيث شئت، وأين شئت، يتقيد بالمجلس. وفي: كيف شئت تقع رجعية، وإن لم تشأ، فإن شاءت كالزوجة بائة، أو ثلاثاً وقع، وإن نوت ثلاثاً، والزوجة واحدة بائة، أو بالقلب فرجعية، وإن لم ينو شيئاً فما شاءت. وفي: كم شئت، أو ما شئت، طَلَقْتُ ما شاءت في مجلسها لا بعده، وإن ردت ارتدت. وفي: طَلَقْتُ نفسك من ثلاث ما شئت، لها أن تطلق ما دونها لا ثلاثاً

التطليق بالرفع عطف على الإيقاع المضاف إلى الثلاث، تقديره: ليس لها إيقاع الثلاث جميعاً، ولا التطليق.

(وفي: حيث شئت، وأين شئت، يتقيد بالمجلس^(١)).

وفي: كيف شئت تقع رجعية، وإن لم تشأ، فإن شاءت كالزوجة بائة، أو ثلاثاً وقع، وإن نوت ثلاثاً، والزوجة واحدة بائة، أو بالقلب فرجعية، وإن لم ينو شيئاً فما شاءت)، هذا قول أبي حنيفة رحمته، وحاصله أن الكيفية مفوضة إليها، لا أصل للطلاق، فتقع رجعية إن لم تشأ المرأة، أما إن شاءت، فإن وافق مشيئته مشيئتها في البائن، أو الثلاث وقع ما اتفقا عليه، وإن خالفها تقع رجعية؛ لأنه لا بد من اعتبار مشيئتها؛ لأن الزوج فوض إليها، ولا بد أيضاً من اعتبار مشيئته؛ لأن مشيئتها مستفادة من الزوج؛ فإذا تعارضتا تساقطا، فبقي الأصل، أي الواحدة الرجعية، وإن لم توجد مشيئة الزوج تعتبر مشيئة المرأة في الكيفية، وأما عندهما فكما أن الكيفية مفوضة إليها، فأصل الطلاق مفوض إليها أيضاً.

(وفي: كم شئت، أو ما شئت، طَلَقْتُ ما شاءت^(٢) في مجلسها لا بعده، وإن ردت ارتدت).

وفي: طَلَقْتُ نفسك من ثلاث ما شئت، لها أن تطلق ما دونها لا ثلاثاً)، هذا عند أبي حنيفة رحمته؛ لأن من للتبعيض، وعندهما: لها أن تطلق نفسها ثلاثاً، فتكون من للبيان.

قلنا: الكل محتمل، والبعض متيقن، فيحمل عليه.

باب الحلف بالطلاق

شرط صحته الملك، أو الإضافة إليه، فلا تطلق أجنبية قال لها: إن كلمتك فانت كذا، فنكحها فكلمها. وتطلق بعد الشرط إن قال لزوجته فكلمها، أو قال لأجنبية: إن نكحتك فانت كذا فنكحها، وألفاظ الشرط: إن، وإذا، وإذا ما، وكل، وكلم، ومتى، ومتى ما، ففيها تنحل اليمين إذا وجد الشرط مرة إلا في: كلما؛ فإنها تنحل بعد الثلاث، فلا

باب الحلف بالطلاق

(شرط صحته الملك، أو الإضافة إليه^(١))، فلا تطلق أجنبية قال لها: إن كلمتك فانت كذا، فنكحها فكلمها. وتطلق بعد الشرط^(٢) إن قال لزوجته فكلمها؛ لوجود الملك وقت التعليق، (أو قال لأجنبية: إن نكحتك فانت كذا فنكحها)؛ لوجود الإضافة إلى الملك، وعند الشافعي^(٣) لا يقع. والمراد بالإضافة إلى الملك: تعليق الطلاق بالملك. (وألفاظ الشرط: إن، وإذا، وإذا ما، وكل)^(٤)، نحو: كل امرأة لي تدخل الدار فهي طالق، (وكلم، ومتى، ومتى ما، ففيها تنحل اليمين إذا وجد الشرط مرة إلا في: كلما؛ فإنها تنحل بعد الثلاث)، المراد بالتحلال اليمين: بطلان اليمين بطلان التعليق، (فلا

(١) أي مضافاً إلى الملك بأن يعلق على نفس الملك نحو: إن ملكك طلاقك فانت طالق أو على ماله ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤١٧).

(٢) أي ينفذ الطلاق إن كان شرط الحلف متحققاً بأن كانت زوجته فكلمها كما مثل، أو أضافه إلى الملك بأن قال لأجنبية: إن نكحتك فانت طالق فنكحها. ينظر: «درر الحكام» (١: ٢٧٧).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣: ٢٨٥)، و«حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣: ٣٣٦)، و«نهاية المحتاج» (٦: ٤٥١)، وغيرها.

(٤) كلمة كل ليست بشرط؛ لأنها يليها الاسم، والشرط ما يليه الفعل؛ لأنه يتعلق به الجزاء، وهو فعل إلا أنه لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها الحق بالشرط مثل قوله: كل عبد اشتريته فهو حر ينظر: «الاختيار» (٣: ١٨١).

بفتح إن نكحها بعد زوج آخر، إلا إذا أُدخِلَتْ على الزوج، نحو: كلما تزوجتك فانت كذا، يحث بكل مرة ولو بعد زوج آخر، وزوال الملك لا يبطل اليمين، وتنحل بعد الشرط مطلقاً، وشرط للطلاق الملك، وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول له إلا مع حجتها، وفي شرط لا يعلم إلا منها صدقت في حقها خاصة، ففي: إن حضنت فانت طالق، وفلانة، وإن كنت تحبين عذاب الله، فانت كذا، وعبدك حر، لو قالت: حضنت وأحبته طَلَقْتُ هي فقط

بفتح إن نكحها بعد زوج آخر^(١)، إلا إذا أُدخِلَتْ على الزوج، نحو: كلما تزوجتك فانت كذا، "يحث بكل مرة ولو بعد زوج آخر"^(٢)، فإنه كلما تزوجها، تطلق. وإن كانت بعد زوج آخر.

(وزوال الملك لا يبطل اليمين، وتنحل بعد الشرط مطلقاً، وشرط للطلاق الملك)^(٣)، فقوله: مطلقاً: أي سواء وجد الشرط في الملك، أو غير الملك، فإن وجد في الملك، تنحل إلى جزاء: أي يبطل اليمين وترتب عليه الجزاء، وإن وجد لا في الملك. تنحل لا إلى جزاء: أي يبطل اليمين، ولا يترتب عليه الجزاء؛ لانعدام المحلّة، فإن قال: إن دخلت الدار فانت طالق ثلاثاً، فأراد أن تدخل الدار من غير أن يقع الثلاث، فحيلته أن يطلقها واحدة، وتنقضي العدة، فتدخل الدار حتى يبطل اليمين، ولا يقع الثلاث، ثم يتزوجها، فإن دخلت الدار لا يقع شيء لبطلان اليمين.

(وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول له إلا مع حجتها)^(٤)، وفي شرط لا يعلم إلا منها صدقت في حقها خاصة، ففي: إن حضنت فانت طالق، وفلانة، وإن كنت تحبين عذاب الله، فانت كذا، وعبدك حر، لو قالت: حضنت وأحبته طَلَقْتُ هي فقط،

(١) لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط يضرب: «الهداية» (١: ٢٥١).

(٢) زيادة من ت وج وق وف.

(٣) أي فإن زال الملك ولم يقع الشرط لا يبطل اليمين، وبطلان اليمين يكون بوقوع الشرط سواء بوجوه الملك أو زواله، ولكن بشرط لوقوع الطلاق اليمين.

(٤) أي إن اختلف الزوجان في وجود الشرط بأن قال الزوج: ما دخلت الدار، وقالت المرأة: من دحسها. فالقول للزوج: لأنه متمسك بالأصل فكان الظاهر شاهد له، ولأنه ينكر وقوع الصلح وهي تدعيه. إلا إذا أقامت البينة على دعواها. ينظر: «رمز الحقائق» (١: ١٨٩).

وفي: إن حضت يحكم بالجزاء بعد رؤية الدّم ثلاثة أيام من أوّله. وفي: إن حضت حيضة، لا يقع حتّى تطهر. وفي: إن صُمّت يوماً فانت طالق، تطلق حين غربت من يوم صامت، بخلاف: إن صُمّت، فإنّه يقع على صوم ساعة. ولو علّق طلقه بولادة ذكر وطلقتين بأثني فولدتهما، ولم يذَرِ الأوّل طَلَّقَتْ واحدة قضاءً وثنتين تُنْزُهُا، وانقضت العدة بوضع الحمل، ولو علّق الطلاق بشيئين يقع إن وجد الثاني في الملك، وإلا فلا

وفي: إن حضت يحكم بالجزاء بعد رؤية^(١) الدّم ثلاثة أيام من أوّله: أي إن قال: إن حضت فانت كذا، فبعدما رأيت الدّم ثلاثة أيام يحكم بالجزاء من أوّل الدّم؛ لأنه تبيّن برؤية الدّم ثلاثة أيام أنّه حيض، فيحكم بعد الثلاثة بوقوع الجزاء في أوّلها. وفي: إن حضت حيضة، لا يقع حتّى تطهر؛ فإنّ الحيضة هي الكاملة. وفي: إن صُمّت يوماً فانت طالق، تطلق حين غربت من يوم صامت، بخلاف: إن صُمّت، فإنّه يقع على صوم ساعة.

ولو علّق طلقه بولادة ذكر وطلقتين بأثني فولدتهما، ولم يذَرِ الأوّل طَلَّقَتْ واحدة قضاءً وثنتين تُنْزُهُا: أي ديانة: يعني فيما بينه وبين الله تعالى، (وانقضت العدة بوضع الحمل): أي بالوضع الثاني، وإنّما لا يقع به^(٢) طلاق آخر؛ لأن العدة تنقضي بالوضع، قال الله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٣)، ثمّ الوضع شرط لوقوع الطلاق، فهو مؤخّر عن الوضع، فتتنقضي العدة بالوضع، فلا يقع بعده طلاق.

(ولو علّق الطلاق بشيئين يقع إن وجد الثاني في الملك، وإلا فلا) فقوله: إن وجد الثاني في الملك: يشمل ما إذا وجد في الملك، أو وجد الثاني فقط في الملك، وقوله: وإلا فلا: يشمل ما إذا لم يوجد شيء منهما في الملك، أو وجد الأوّل في الملك دون الثاني^(٤).

(١) زيادة أوب وس وف وم.

(٢) أي بعد الوضع الثاني سواء كان ذكراً، أو أنثى.

(٣) من سورة الطلاق، الآية (٤).

(٤) مثال هذه المسألة: إن قال لها زوجها: إن دخلت بيت أبي محمد وبيت أبي يوسف فانت طالق ثلاثاً، ثم طلقها واحدة فبانت، وانقضت عدتها، فدخلت بيت أبي محمد ثم تزوجها، فدخلت بيت أبي يوسف فهي طالق ثلاثاً مع الواحدة الأولى.

والتنجيزُ يُبطلُ التعليق، فلو علّق الثلاث بشرط، ثم نُجِزَ الثلاث، ثم عادت إليه بعد التحليل، ثم وُجِدَ الشرطُ لا يقعُ شيء. ومن علّق الثلاث بوطء زوجته فأولج، ولبتَ فلا عُقرَ عليه، وكذا لو علّق عتقَ أمته بوطئها، ولم يصِرَ مراجعاً به في الرجعي، فلو نَزَعَ، ثم أولجَ يجبُ العُقر، وكان رجعة.

[فصل في الاستثناء]

ولو قال: أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلاً، أو ماتت قبل قوله: إن شاء الله (والتنجيز^(١)) يُبطلُ التعليق، فلو علّق الثلاث بشرط، ثم نُجِزَ الثلاث، ثم عادت إليه بعد التحليل^(٢)، ثم وُجِدَ الشرطُ لا يقعُ شيء. ومن علّق الثلاث بوطء زوجته فأولج: أي أدخلَ حشفته حتى التقى الختانان، (ولبتَ فلا عُقر^(٣) عليه)^(٤): العُقرُ: مهرُ المثل، وقيل: هو مقدارُ أجره الوطء لو كان الزنا حلالاً، (وكذا لو علّق عتقَ أمته بوطئها، ولم يصِرَ مراجعاً به في الرجعي^(٥))، فلو نَزَعَ، ثم أولجَ يجبُ العُقر، وكان رجعة.

[فصل في الاستثناء]

ولو قال: أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلاً^(٦)، أو ماتت قبل قوله: إن شاء الله

(١) التجيز: هو مقابل التعليق بمعنى إيقاع الطلاق حالاً، وتفصيله: إن تنجز الثلاث للحرّة والثنتين في الأمة يبطل تعليقه بالثلاث فما دونها، وبالجمله التعليق يبطل بزوال الحل بوقوع الثلاث لحدوث ملك جديد بعده، فلا يقع فيه المعلق وتنجز ما دون الثلاث لا يبطل تعليقه. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢): (١٠٣).

(٢) أي عادت إلى الزوج الأول بعد أن نكحها زوج آخر وانقضت عدتها منه.

(٣) عُقر: صداق المرأة إذا وطئت بشبهة. ينظر: «المغرب» (ص ٣٢٣).

(٤) أي بعد الإبلاج ولم يخرج به بعد وقوع الطلقات الثلاث لا عُقر عليه في ظاهر الرواية. ينظر: «مواهب الرحمن» (ق ١٤٣/ب).

(٥) أي ولم يصِرَ باللبث مراجعاً في الطلاق الرجعي؛ لأن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولم يوجد ذلك بعد الطلاق والعتق؛ لأن الإدخال لا دوام له حتى يكون لدوامه حكم الابتداء؛ ولهذا لو حلف لا يُدْخِلُ دابته الإصطبل، وهي فيه لا يحث بإمسакها فيه. ينظر: «الفرر» مع «الدرر» (١: ٣٧٩).

(٦) قيد بمنصّل؛ لأنه لو سكت ثبت حكم الصدر ولا يبطل بأن شاء الله، وهذا إذا سكت من غير ضرورة، أما إذا سكت للتنفس أو العطاس أو نحوهما فهو لا يمنع الاتصال. ينظر: «شرح ملا مسكين» (ص ١١٧).

تعالى لم يقع، ولو مات هو يقع، وفي أنت طالق ثلاثاً إلاّ ثنتين يقع واحدة، وفي إلاّ واحدة ثتان.

باب طلاق المريض

المريض الذي يصيرُ فاراً بالطلاق، ولا يصحُّ تبرُّعه إلاّ من الثلث: مَنْ كان غالبُ حاله الهلاكَ مريضاً، أو غيره، فمَنْ أضناه مرض، وعَجَزَ عن إقامة مصالحه خارج البيت، وقَدَرَ فيه، ومن بارزَ رجلاً، أو قُدِّمَ لِيُقْتَلَ في قصاص، أو رجم مريض، فلو أبان زوجته، وهو كذلك، وماتَ بذلك السَّبب أو بغيره ثرت

تعالى لم يقع، ولو مات هو يقع: أي لو قال: أنت طالق، فأخذَ في التَّكْلُمِ بأن شاء الله تعالى، فمات قبل تمامه.

(وفي أنت طالق ثلاثاً إلاّ ثنتين يقع واحدة، وفي إلاّ واحدة ثتان)^(١).

باب طلاق المريض

(المريض الذي يصيرُ فاراً بالطلاق، ولا يصحُّ تبرُّعه إلاّ من الثلث: مَنْ كان^(٢) غالبُ حاله الهلاكَ مريضاً، أو غيره، فمَنْ أضناه مرض، وعَجَزَ عن إقامة مصالحه خارج البيت، وقَدَرَ فيه) : أي إقامة مصالحه في البيت^(٣)، (ومن بارزَ رجلاً، أو قُدِّمَ لِيُقْتَلَ في قصاص، أو رجم مريض) : أي على النحو الذي مر^(٤). (فلو أبان زوجته، وهو كذلك، وماتَ بذلك السَّبب أو بغيره^(٥) ثرت)، خلافاً

(١) وفي قوله: أنت طالق ثلاثاً إلاّ ثلاثاً يقع الثلاث؛ لأن الاستثناء المستغرق باطل؛ لأنه إنكار بعد الإقرار، بخلاف استثناء البعض من الجملة، استثنى الأقل أو الأكثر. وتماه في «رمز الحقائق» (١): (١٩٢).

(٢) زيادة من ب و س.

(٣) وقيل في «الهداية» (٢: ٤): بأن يكون صاحب فراش، وهو أن يكون بحال لا يقوم بموائجه كما يعتاده الأصحاء، وصححه في «فتح القدير» (ص ١٥٢)، ووفق بين كلام صاحب «الهداية» والمصنف ابن عابدين في «رد المختار» (٢: ٥٢٠) بقوله: وقد يوفق بين القولين بأنه إن علم أن به مرضاً مهلكاً عالماً وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر المعجز عن الخروج للمصالح هذا ما ظهر لي. انتهى.

(٤) وهو أن الغالب على حاله الهلاك.

(٥) كان يقتل المريض، أو يموت بجهة أخرى في العدة للمدخولة. ينظر: «الدر المختار» (ص ٥٢٢).

وكذا طالبة رجعية طُلِّقَتْ ثلاثاً، ومبائنة قُبِلَتْ ابنَ زوجها، وهي في العدة، ومن لا عنها في مرضه، أو آلى منها مريضاً كذلك، ومن قام بها خارج البيت مشتكياً، أو حُمَ، ومن هو محصور، أو في صف القتال، أو حَبَسَ بقصاص، أو رجم صحيح إن طُلِّقَتْ، وهو كذلك لا ترث.

للشافعي^(١) رحمه الله، وإعلم أن الخلاف فيما إذا طُلِّقَتْ ثلاثاً؛ لأنه إن طُلِّقَتْ صريحاً^(٢) ترث اتفاقاً، وكذا إن طُلِّقَتْ بالكنايات، أمّا عندنا فلأن امرأة الفار ترث، وأمّا عنده^(٣) فلأن الكنايات راجع، وإن خالعتها لا ترث اتفاقاً؛ لأنها رُضِيَتْ بالفرقة، فبقي الثلاث، فهو محلُّ النزاع.

(وكذا طالبة رجعية طُلِّقَتْ ثلاثاً): أي طلبت من المريض رجعية فطُلِّقَتْ ثلاثاً ترث عندنا، (ومبائنة قُبِلَتْ ابنَ زوجها، وهي في العدة)؛ لأنه وقعت البيونة بإبائته لا بتبيلها ابن الزوج، (ومن لا عنها في مرضه): أي قذفها في مرضه فتلاعنا، فوقعت الفرقة باللعان ترث، فإن هذا ملحق بتعليق الطلاق بفعل لا بُدَّ للمرأة منه إذ لا بُدَّ لها من الخصومة؛ لدفع العار عن نفسها، (أو آلى^(٤) منها مريضاً كذلك): أي حلف في مرض موته أن لا يقربها أربعة أشهر، فلم يقربها حتى مضت المدة، ووقعت البيونة، ثم مات ترث.

(ومن قام بها^(٥) خارج البيت مشتكياً، أو حُمَ، ومن هو محصور^(٦))، أو في صف القتال، أو حَبَسَ بقصاص، أو رجم صحيح إن طُلِّقَتْ): أي طلاقاً بائناً، (وهو كذلك لا ترث).

(١) ينظر: «الأم» (٥: ٢٧٣)، «التنبيه» (ص ١١٦)، وغيرها.

(٢) أي واحدة أو اثنتين.

(٣) أي عند الشافعي رحمه الله، ورأيت في كتب الشافعية أنه لم يفرقوا بين الطلاق الصريح والكناية إلا في حاجة الكناية إلى النية والله أعلم. ينظر: «نهاية المحتاج» (٦: ٤٢٦)، و«مغني المحتاج» (٣: ٢٨٤)، و«حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣: ٣٢٥)، وغيرها.

(٤) آلى: أي إذا قال: والله لا أقربك، أو لا أقربك أربعة أشهر فهو مولٍ، فإن قربها في الأربعة حنث وعليه الكفارة، وبطل الإيلاء، وإن لم يقربها ومضت الأربعة، بانت بتطبيقه. ينظر: «المختار» (٣: ١٩٥) - (١٩٧).

(٥) أي من كان يقدر على القيام بمصالحه خارج البيت لكنه مشك من ألم. ينظر: «المنتقى» (ص ٦٣).

(٦) أي مسجون في حصن. ينظر: «الدر المنثور» (١: ٤٢٩).

وكذا المختلعة، وخيرة اختارت نفسها، ومن طَلَّقَتْ ثلاثاً بأمرها، أو لا بأمرها، ثم صحَّ، ولو تصادق الزوجان على ثلاثٍ في حال الصَّحَّة، ومُضِيَّ العِدَّة، ثم أقرَّ لها بدين، أو أوصى بشيء، فلها الأقلُّ منه، ومن الإرث

وكذا المختلعة، وخيرة اختارت نفسها^(١)، ومن طَلَّقَتْ ثلاثاً بأمرها، أو لا بأمرها^(٢)، ثم صحَّ: أي صحَّ من مرضه، ثم مات لا ترث.

(ولو تصادق^(٣) الزوجان على ثلاثٍ في حال الصَّحَّة، ومُضِيَّ العِدَّة^(٤)): أي تصادقا في مرضه على وقوع الطلاق^(٥) الثلاث في حال الصَّحَّة، ومُضِيَّ العِدَّة، ثم أقرَّ لها بدين، أو أوصى بشيء، فلها الأقلُّ منه، ومن الإرث: أي إن كان المقرُّ به، أو الموصى به، أقلُّ من الإرث، فلها ذلك، وإن كان الإرث أقلَّ، فلها الإرث^(٦).

واعلم أن حرف: من؛ في قوله: فلها الأقلُّ منه ومن الإرث؛ ليست صلة لأفعل التفضيل إذ لو كان، يجب أن يكون الواجب أقلَّ من كلِّ واحدٍ منهما، وليس كذلك، بل حرف من للبيان، وأفعل التفضيل استعمل باللام، فيجب أن يقال: أو من الإرث؛ لأنه لما قال: الأقلُّ؛ بيَّن الأقلَّ بأحدهما، وصلة الأقلِّ محذوف، وهو من الآخر: أي فلها^(٧) أحدهما الذي هو أقلُّ من الآخر، فيكون^(٨) الواو بمعنى: أو، أو يكون الواو

(١) وهي التي قال لها زوجها: اختاري، فاخترت نفسها.

(٢) يعني لو طلقها ثلاثاً بغير أمرها وهو مريض. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ١٠٠/ب).

(٣) أي لو قال الزوج لها في مرض موته: كنت طلقتك وأنا صحيح فانقضت عدتك فصدقه.

(٤) قيد ب: ومُضِيَّ العِدَّة؛ ليظهر خلاف الصاحبين حيث قالوا بجواز إقراره ووصيته؛ لانقضاء التهمة بانقضاء العدة. ينظر: «التبيين» (٢: ٢٤٨).

(٥) زيادة من ب و س.

(٦) وذلك للتهمة في مواضع الزوجين على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة؛ ليعطيهما الزوج زيادة على ميراثها، فهذه التهمة رددناها. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٥٢٦).

(٧) في م: فله.

(٨) تفريع على ما فهم سابقاً أنه كان على المصنف أن يأتي بأو، فإن المقام مقتضٍ له لا للواو، والغرض منه إصلاح كلامه على طبق مرامه بطريقتين أحدهما: أن تكون الواو في قوله: ومن الإرث بمعنى أو، فكثيراً ما تجيء الواو بمعنى أو، وحيثما يتضح المقصود ولا يحل فيه إيراد الواو، وثانيهما: أن تكون الواو للجمع لكن باختلاف الزمان حتى لا يلزم كون كل واحد أقل من الآخر في زمان واحد لاستحالة، فإن أقلَّيه أحدهما مستلزما لاكثرية الآخر بل يكون المقصود كون الإرث أقل من المقر به أو الموصى به تارة، وكون أحدهما أقل من الإرث تارة. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ١٠٨).

كَمَنْ طَلَّقَتْ ثَلَاثًا بِأَمْرِهَا فِي مَرَضِهِ، ثُمَّ أَقْرَأَ أَوْ أَوْصَى، وَلَوْ عَلَّقَ الثَّلَاثَ بِشَرْطٍ، وَوَجَدَ فِي مَرَضِهِ: إِنْ عَلَّقَهُ بِمَجِيءِ وَقْتِ كَرْجَبٍ، أَوْ فَعَلَ أَجَنِي تَرْتٌ، إِلَّا إِذَا كَانَ عَلَّقَ فِي صَحَّتِهِ. وَإِنْ عَلَّقَ بِفَعْلٍ نَفْسِهِ تَرْتٌ، سِوَاكَ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي مَرَضِهِ أَوْ لَا، وَالْفَعْلُ مِمَّا^(١) لَهُ مِنْهُ بَدْءُ كَالْكَلَامِ مَعَ الْأَجَنِيِّ، أَوْ لَا بَدْءَ لَهُ مِنْهُ، كَاكُلِ الطَّعَامِ، وَصَلَاةِ الظُّهْرِ، وَكَلَامِ الْأَبْوِينَ. وَإِنْ عَلَّقَ بِفَعْلٍهَا: فَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِهِ، وَالْفَعْلُ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ لَا تَرْتٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ تَرْتٌ. وَإِنْ كَانَ فِي صَحَّتِهِ لَا تَرْتٌ إِلَّا فِيمَا لَا بَدْءَ لَهَا مِنْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله، خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ وَزُفَرٍ رحمهما الله.

على معناها، لكن لا يراؤ بها المجموع، بل يراؤ الأقل الذي هو الإرث تارة، والموصى به أخرى، فيكون الواو للجمع، وهو أن الأقلية ثابتة، لكن بحسب زمانين.

(كَمَنْ طَلَّقَتْ ثَلَاثًا بِأَمْرِهَا فِي مَرَضِهِ، ثُمَّ أَقْرَأَ أَوْ أَوْصَى)؛ فَإِنَّ لَهَا الْأَقْلَ مِنْ ذَلِكَ، وَمِنْ الْإِرْثِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

(وَلَوْ عَلَّقَ الثَّلَاثَ بِشَرْطٍ، وَوَجَدَ فِي مَرَضِهِ:

١. إِنْ عَلَّقَهُ بِمَجِيءِ وَقْتِ كَرْجَبٍ، أَوْ فَعَلَ أَجَنِي تَرْتٌ، إِلَّا إِذَا كَانَ عَلَّقَ فِي صَحَّتِهِ.

٢. وَإِنْ عَلَّقَ بِفَعْلٍ نَفْسِهِ تَرْتٌ، سِوَاكَ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي مَرَضِهِ أَوْ لَا، وَالْفَعْلُ مِمَّا^(٢) لَهُ مِنْهُ بَدْءُ كَالْكَلَامِ مَعَ الْأَجَنِيِّ، أَوْ لَا بَدْءَ لَهُ مِنْهُ، كَاكُلِ الطَّعَامِ، وَصَلَاةِ الظُّهْرِ، وَكَلَامِ الْأَبْوِينَ.

٣. وَإِنْ عَلَّقَ بِفَعْلٍهَا:

أ. فَإِنْ كَانَ: أَيْ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ (فِي مَرَضِهِ، وَالْفَعْلُ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ لَا تَرْتٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ تَرْتٌ).

ب. وَإِنْ كَانَ: أَيْ التَّعْلِيقُ (فِي صَحَّتِهِ^(٣) لَا تَرْتٌ إِلَّا فِيمَا لَا بَدْءَ لَهَا مِنْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله، خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ وَزُفَرٍ رحمهما الله): فَإِنَّهَا لَا تَرْتٌ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ مِنَ الزَّوْجِ صَنْعٌ بَعْدَمَا تَعَلَّقَ حَقُّهَا بِمَالِهِ، هَذَا عِبَارَةُ «الهِدَايَةِ»^(٤)، وَمَعْنَاهَا: إِنَّ

(١) زيادة من ب.

(٢) زيادة من ب.

(٣) أي ووقوع الشرط في مرضه.

(٤) «الهداية» (٢ : ٥).

وفي الرجعي ترث في الأحوال أجمع. وخص إرثها بموته في عدتها.

باب الرجعة

هي في العدة لا بعدها لمن طَلَّقَتْ دون ثلاث، وإن أثبت بنحو: راجعتك، وبوطئها، ومسها بشهوة ونظره.

امرأة الفار إنما ترث إن وجد من الزوج في مرض موته صنع في إبطال حقها بعدما تعلّق حقها بما له بسبب المرض، ولم يوجد ذلك الصنع؛ لأنّ التعلّق كان في صحته، بل المرأة أبطلت حقها بإتيانها بذلك الفعل.

فجوابها^(١): أن الفعل لا بُدّ لها منه، فهي مضطرة إلى الإتيان به، فصار فعلها مضافاً إلى الزوج كما في الإكراه.

(وفي الرجعي ترث في الأحوال أجمع^(٢)).

وخص إرثها بموته في عدتها: أمّا إذا انقضت عدتها، ثمّ مات لا ترث إجماعاً. وعبارة «المختصر» هكذا: وإن علّق بينونتها بشرط، ووجد في مرضه ترث إن علّق بفعله أو بفعلها ولا بُدّ لها منه، أو بغيرهما^(٣) وقد علّق في المرض^(٤).

فالحاصل أن التعلّق إن كان بفعله ترث مطلقاً، وإن كان بفعلها ولا بُدّ لها منه فكذلك، إلاّ أنّه إن كان التعلّق في الصحة ففيه خلاف محمد وزفر رحمهما، وإن كان لها من بُدّ لا ترث، وإن علّق بغير فعلهما، فإن كان التعلّق في المرض ترث وإلاّ فلا.

باب الرجعة

(هي في العدة لا بعدها لمن طَلَّقَتْ دون ثلاث): أي في الحرّة، أمّا في الأمة فلا رجعة إلاّ في الواحدة، (وإن أثبت بنحو: راجعتك، وبوطئها، ومسها بشهوة، ونظره^(٥)).

(١) أي جواب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما.

(٢) أي سواء كان في المرض، أو في الصحة، أو أحدهما في الصحة والآخر في المرض بفعلها أو بفعله أو بفعل أجنبي، وسواء كان الفعل ممّا له منه بد أو لم يكن. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ١٠٤/ب).

(٣) أي إذا علّق بينونتها بغير فعل الزوج والزوجة بل بفعل أجنبي أو بمجيء الوقت وقد وقع التعلّق والشرط كلاهما في المرض ترث. ينظر: «حواشي النفاية» (ص ٩٢).

(٤) انتهى من «النفاية» (ص ٩٢).

(٥) في ب و ج و م: ونظره.

إلى فرجها بشهوة، وتُدبّ إشهاداً على الرجعة وإعلامها بها، وأن لا يدخل عليها حتى يستأذنها إن لم يقصد رجعتها. ولو ادعى بعد العدة الرجعة فيها وصدّقته، فهو رجعة، وإن كذبته فلا، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمته الله، وإن قال: راجعتك، فقالت: مضت عدتي فلا رجعة، وإن قال: راجعتك، فقالت: مضت عدتي فلا رجعة، كما في زوج أمة أخبر بعد العدة بالرجعة فيها لسيدّها فصدّقته وكذبته، أو قال: راجعتك، فقالت: مضت عدتي وأنكرا، وإن انقطع دم آخر العدة لعشرة أيام ثمّت وأقل منها لا، حتى تغتسل، أو

إلى فرجها بشهوة): هذا عندنا، وأمّا عند الشافعي رحمته الله (١) فلا تصح إلا بالقول. (وتُدبّ إشهاداً على الرجعة وإعلامها بها): أي إعلام الزوج إياها بالرجعة، (وأن لا يدخل عليها حتى يستأذنها إن لم يقصد رجعتها. ولو ادعى بعد العدة الرجعة فيها وصدّقته، فهو رجعة، وإن كذبته فلا (٢)، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمته الله)؛ فإن الرجعة من الأشياء التي لا يمين فيها عند أبي حنيفة رحمته الله.

(وإن قال: راجعتك، فقالت: مضت عدتي فلا رجعة): أي إن كانت المدة مدّة تحتمل انقضاء العدة، فالمرأة تصدّق في إخبارها بانقضاء العدة، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وأمّا عندهما فتصح الرجعة؛ لأنها لم تخبر قبل الرجعة بانقضاء العدة، فالظاهر بقاؤها.

(كما في زوج أمة أخبر بعد العدة بالرجعة فيها لسيدّها فصدّقته وكذبته)؛ فإن القول قولها عند أبي حنيفة، وأمّا عندهما فالقول قول المولى (٣)، (أو قال: راجعتك، فقالت: مضت عدتي وأنكرا): أي الزوج والسيد بمضي العدة. (وإن انقطع دم آخر العدة لعشرة أيام ثمّت وأقل منها لا، حتى تغتسل، أو

(١) ينظر: «المنهاج» (٣: ٣٣٧)، و«حاشيتا قليوبي وعميرة» (٤: ٤)، و«تحفة المحتاج» (٨: ١٤٩)، وغيرها.

(٢) أي فلا رجعة؛ لأنه متهم في ذلك وقد كذبه فلا يثبت إلا بيته، فإذا صدقته ارتفعت التهمة. ينظر: «الاختيار» (٣: ١٩١).

(٣) لأنه أقر بما هو خالص حقّه فيقبل، كما لو أقر عليها بالنكاح. وللإمام أن حكم الرجعة من الصحة وعدمها مبني على العدة من قيامها وانقضائها، وهي أمانة فيها مصدقة بالإخبار بالانقضاء والبقاء، لا قول للمولى فيها أصلاً، وإنما قيل قوله: في النكاح لانفراد به بخلاف الرجعة ينظر: «رد المحتار» (٢: ٥٣٢).

بمضي عليها وقت فرض، أو تيمم فتصلي، ولو نسيت غسل عضو راجع، وفيما
دونه لا، ولو طلق حاملاً، أو من ولدت متكرراً وطأها، فله الرجعة

بمضي عليها وقت فرض^(١)، أو تيمم فتصلي، ولو نسيت غسل عضو راجع، وفيما
دونه لا؛ أي نسيت غسل ما دون العضو، فحينئذ لا تصح الرجعة؛ لأنه لا اعتداد
دون العضو، فكأنها اغتسلت ومضت عدتها.

(ولو طلق حاملاً، أو من ولدت متكرراً وطأها، فله الرجعة): أي طلق
امرأته، وهي حامل فأنكر وطأها، فله الرجعة^(٢).

أقول: في قوله: فله الرجعة؛ تساهل؛ لأن وجود الحمل وقت الطلاق إن
يعرف إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، فإذا ولدت انقضت العدة. فلا
يملك الرجعة، فيكون المراد بالرجعة الرجعة قبل وضع الحمل، فيكون المراد أنه إن
راجع قبل وضع الحمل، فولدت لأقل من ستة أشهر يحكم بصحة الرجعة السابقة.
ولا يراد أنه يحل له الرجعة قبل وضع الحمل؛ لأنه لما أنكر الوطء، والشرع لا يحكم
بوجود الحمل وقت الطلاق، بل إنما يحكم إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت
الطلاق، فلم يوجد تكذيب الشرع قبل وضع الحمل، فالصواب^(٣) أن يقال: ومن طلق
حاملاً متكرراً وطأها، فراجعها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر صححت الرجعة.

وأما مسألة الولادة فصورتها: أنه طلق امرأته التي ولدت^(٤) قبل الطلاق متكرراً
وطأها، فله الرجعة، وإنما تصح الرجعة في مسألتها الحمل والولادة مع إنكاره الوطء؛
لأن الشرع كذبه في إنكاره الوطء؛ لأن الولد للفراش^(٥).

(١) إذ بمضي وقته صارت الصلاة ديناً في ذمتها، وهو قدر ما يقدر على الاغتسال والتحرية وما دون ذلك
ملحق بمدة الحيض. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٣٥).

(٢) أي له امرأة حامل طلقها وأنكر وطأها ثم راجعها ثم ولدت لأقل مدة الحمل من وقت النكاح صح
رجعته ولا عبرة بإنكاره للوطء؛ لأن الشرع كذبه بجعل الولد للفراش. ينظر: «رد المحتار» (١: ٣٨٤).

(٣) أي العبارة الأفضل من عبارة المصنف وصاحب «الكثير» (ص ٥٧) لما تحتويه فيهما من الإيهام.

(٤) أي لست أشهر أو صاعداً من العقد.

(٥) وقد أيد ابن عابدين هذا التفصيل للشارح، ينظر: «رد المحتار» (٢: ٥٣٥).

وإن خلا بها وأنكر فلا، فإن طلقها فراجعها، فجاءت بولب لأقل من سنتين صحت، ولو قال: إذا ولدت فانت طالق، فولدت، ثم آخر بيطين، فهو رجعة، وفي كلما ولدت فولدت ثلاثة بطون يقع الثلاث، والولد الثاني رجعة كالثالث، وعليها العدة بالحيض

(وإن خلا بها وأنكر فلا): أي لا تصح رجعتها؛ لأنه أنكر الوطء، ولم يوجد تكذيب الشرع إنكاره، فيكون إنكاره حجة عليه، وإنما يتأكد المهر بالخلوة؛ لأنها سلمت إليه المعقود عليه؛ لا لأنه قبض المعقود عليه بأن وطئها.

(فإن طلقها فراجعها، فجاءت بولب لأقل من سنتين صحت)، هذه المسألة متعلقة بمسألة الخلوة، صورتها: أنه خلا بامرأته، وأنكر وطأها، ثم طلقها فراجعها... إلى آخره، فإنها إذا ولدت لأقل من سنتين من وقت الطلاق يثبت نسب هذا الولد منه، إذ هي لم تفر بانقضاء العدة، والولد يبقى في البطن في هذه المدة، فلا بد من أن يجعل الزوج واطناً قبل الطلاق لا بعده^(١)؛ لأنه لو لم يطقاً قبل الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق، فيكون الوطء بعد الطلاق حراماً، فيجب صيانة فعل المسلم عنه، فإذا جعل واطناً قبل الطلاق تصح الرجعة.

(ولو قال: إذا ولدت فانت طالق، فولدت، ثم آخر بيطين، فهو رجعة): المراد بيطين أن يكون بين الولادة الأولى، والثانية سنة أشهر أو أكثر^(٢)، أما إذا كان أقل يكون بيطن واحد، وإنما تثبت الرجعة؛ لأنها طلقت بالولادة الأولى، ثم الولادة الثانية دلت على أنه راجعها بعد الولادة الأولى؛ ليكون الوطء حلالاً، أما إذا كانت الولادتان بيطن واحد لا تثبت الرجعة؛ لأن علوق الولد الثاني كان قبل الولادة الأولى. (وفي كلما ولدت فولدت ثلاثة بطون يقع الثلاث، والولد الثاني رجعة كالثالث، وعليها العدة بالحيض)^(٣): أي عدة الطلاق الثالث الذي وقع بالولادة الثالثة.

(١) ويجعل إنكاره الوطء كذباً لأن تكذيبه أهون من حمله على الزنا، نعم لو كانت أقرت بانقضاء العدة وولدت بعده لأقل من سنتين من وقت الطلاق لا يثبت نسب ذلك الولد منه. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢): (١١٤).

(٢) ولو لأكثر من عشر سنين ما لم تفر بانقضاء العدة؛ لأن امتداد الطهر لا غاية له إلا اليأس. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٥٣٥).

(٣) صورة المسألة: إذا قال لامرأته: كلما ولدت فانت طالق، فإنها تطلق رجعة بالولادة، فإذا ولدت الثاني علم أنه قد راجعها فتطلق رجعة أيضاً، فإذا ولدت الثالث فكذلك إلا أنه يكون قد وقع عليها ثلاث طلاقات فتحسب عدتها بالحيض.

ومطلقة الرجعي تزين، ولا يسافر بها حتى يشهد على رجعتها. وله وطؤها.

[فصل فيما تحل به المطلقة]

ونكاح مبانة بلا ثلاث في عدتها وبعدها، ولا تحمل حرة بعد ثلاث، ولا أمة بعد ثنتين حتى يطأها غيره بنكاح صحيح، ونمضي عدة طلاقه، أو موته

(ومطلقة الرجعي تزين)؛ ليرغب الزوج في رجعتها.

(ولا يسافر بها حتى يشهد على رجعتها^(١)).

وله وطؤها): هذا عندنا، وأما عند الشافعي^(٢) لا يحل وطء مطلقه الرجعي حتى يراجع بالقول، وعندنا الوطء يصير رجعة.

[فصل فيما تحل به المطلقة]

(ونكاح مبانة بلا ثلاث في عدتها وبعدها، ولا تحمل حرة بعد ثلاث، ولا أمة بعد ثنتين حتى يطأها غيره بنكاح صحيح، ونمضي عدة طلاقه، أو موته): هذا عند الجمهور، وعند سعيد بن المسيب^(٣) لا يشترط وطء الزوج الثاني، بل يكفي مجرد النكاح^(٤) استدلالاً بقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَكِيحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(٥).

(١) أي يحرم عليه السفر بها لقوله تعالى: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ فلكونه حراماً لم يكن رجعة؛ لأن الرجعة مندوب، والمسافرة بها حرام إذا صرح بأن لا يراجعها في السفر، وأما إذا سكت كانت رجعة دلالة. ينظر: «كشف رموز غرر الأحكام» (١: ٢٧١).

(٢) ينظر: «المنهاج» (٣: ٣٣٧)، و«حاشيتا قلوبني وعميرة» (٤: ٤)، و«تحفة المحتاج» (٨: ١٤٩)، وغيرها.

(٣) وهو سعيد بن المسيب بن خزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، أبو محمد، سيد التابعين، أحد الفقهاء السبعة، وكان من أحفظ الناس لأحكام عمر بن الخطاب وأقضيته حتى سمي راوية عمر، (١٣ - ٩٤ هـ). ينظر: «وفيات» (٢: ٣٧٨)، «طبقات الشيرازي» (ص ٣٩)، «الأعلام» (٣: ١٥٥). ولوقوف على حياته وفقهه ينظر «فقه سعيد بن المسيب» للدكتور هاشم جميل، مطبوع في أربع مجلدات.

(٤) هذا الرأي الذي درج الفقهاء على نسبته لابن المسيب، هو منسوب إلى سعيد بن جبيرة وداود الظاهري وبشر المريسي أيضاً، لكن ابن كثير في «تفسيره» (١: ٢٧٨) شكك في روايته عن ابن المسيب؛ لأنه راوٍ لحديث العميلة، ونقل صاحب «القنية» أنه رجع عن هذا القول، وهو ما أيده الدكتور هاشم جميل في كتابه «فقه سعيد بن المسيب» (٣: ٣٥٣).

(٥) من سورة البقرة، الآية (٣٢).

والمراهق يَحْلُلُ لا سَيِّدَهَا، وَكُرَّةَ النِّكَاحِ بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ، وَحَلُّهُ لِلأَوَّلِ، وَالزَّوْجُ الثَّانِي يَهْدُمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ، فَمَنْ طَلَّقَتْ دُونَهَا، وَعَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ آخِرِ عَادَتِهِ إِلَيْهِ بِثَلَاثٍ خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ ﷺ. وَالْمُبَانَّةُ بِثَلَاثٍ لَوْ قَالَتْ: حَلَلْتُ فِي مَدَّةٍ مُحْتَمَلَةٍ، وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صَدَقْتُهَا حَلَّتْ لِلأَوَّلِ

ولنا: حديثُ العسيلة^(١)، وهو حديثٌ مشهور، تجوزُ الزَّيَادَةُ بِهِ عَلَى الْكِتَابِ، فَيَكُونُ التَّحْلِيلُ بِدُونِ الْوَطْءِ مَخَالَفاً لِلْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ، حَتَّى لَوْ قَضَى الْقَاضِي بِهِ لَا يَنْفَذُ. (وَالْمَرَاهِقُ يَحْلُلُ لَا سَيِّدَهَا^(٢)): الْمَرَاهِقُ هُوَ صَبِيٌّ قَارِبُ الْبُلُوغِ، وَيَجَامَعُ مِثْلَهُ، وَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَتَحَرَّكَ آلَتُهُ، وَيُسْتَهْيِي.

(وَكُرَّةَ النِّكَاحِ بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ^(٣))، وَحَلُّهُ لِلأَوَّلِ، وَالزَّوْجُ الثَّانِي يَهْدُمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ، فَمَنْ طَلَّقَتْ دُونَهَا، وَعَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ آخِرِ عَادَتِهِ إِلَيْهِ بِثَلَاثٍ^(٤) خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ ﷺ.

وَالْمُبَانَّةُ بِثَلَاثٍ لَوْ قَالَتْ: حَلَلْتُ فِي مَدَّةٍ مُحْتَمَلَةٍ، وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ^(٥) صَدَقْتُهَا حَلَّتْ لِلأَوَّلِ): قِيلَ: أَقَلُّ تِلْكَ الْمَدَّةِ تِسْعَةُ وَثَلَاثُونَ يَوْماً لَا بُدَّ مِنْ ثَلَاثِ حَيْضٍ وَطَهْرَيْنِ، فَأَقَلُّ مَدَّةِ الْحَيْضِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَأَقَلُّ الطَّهْرِ خَمْسَةُ عَشَرَ يَوْماً.

(١) وهو من حديث عائشة رضي الله عنها، قال: (جاءت امرأة رفاعة القرظي النبي ﷺ، فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فأبى طلاقاً، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير إنما معه مثل هدية الثوب، فقال: أتريدان أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك) في «صحيح البخاري» ٢: ٩٣٣، واللفظ له، و«صحيح مسلم» ٢: ١٠٥٦، وغيرهما.

(٢) أي لا يكفي وطن السيد للتحويل، فلو طلق زوج الأمة زوجته فوطئها سيدها بحكم ملك اليمين لا تحل للزوج الأول؛ لأن الشرط في التحليل أن تنكح زوجاً غيره لا أن تطأ رجلاً غيره. ينظر: «عمدة الرعاية» ١: ١١٧.

(٣) أي كره تحريماً بأن يقول: تزوجتك على أن أحلللك، أو قالت المرأة ذلك أو وكيلها، أما لو أضمر ذلك في قلبها فلا يكره عند عامة العلماء. ينظر: «درر الحكام» ١: ٣٨٧، و«الدر المنثور» ١: ٤٣٩.

(٤) أي إن طلق الحررة طليقة أو طلق وانتهت عدتها وتزوجت زوجاً آخر ثم عادت إلى الزوج الأول، فإنها تعود إليه بثلاث تطليقات؛ لأن الزوج الثاني هدم ما دون الثلاث خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ وَزَفْرٍ، وَرَجَّحَ صَاحِبُ «الْفَتْحِ» ٤: ٣٧ رَأْيَ مُحَمَّدٍ.

(٥) أي على ظن الزوج الأول.

باب الإيلاء

وهو حلفٌ بمنع وطء الزوجة مدته، فلا إيلاء لو حلف على أقل منها، وهي للحرّة أربعة أشهر، وللأمة شهران. وحكمه: طلاقٌ بائنٌ إن برّ، والكفارةُ والجزاءُ إن حنث. فلو قال: والله لا أقربك، أو لا أقربك أربعة أشهر، أو إن قربتك فعليّ حجّ، أو صوم، أو صدقة، أو فانت طالق، أو عبدي حرّ، فقد آلى إن قربها في المدة حنث، ونجس الكفارة في الحلف بالله تعالى، وفي غيره الجزاء، وسقط الإيلاء. وإلاّ بانت بواحدة، وسقط الحلف المؤقت لا المؤبد.

باب الإيلاء

(وهو حلفٌ بمنع وطء الزوجة^(١) مدته): أي مدّة الإيلاء (فلا إيلاء لو حلف على أقل منها، وهي للحرّة أربعة أشهر، وللأمة شهران. وحكمه: طلاقٌ بائنٌ إن برّ، والكفارةُ والجزاءُ إن حنث. فلو قال: والله لا أقربك، أو لا أقربك أربعة أشهر): الأوّل مؤبد، والثاني مؤقت بأربعة أشهر، (أو إن قربتك فعليّ حجّ، أو صوم، أو صدقة^(٢))، أو فانت طالق، أو عبدي حرّ، فقد آلى إن قربها في المدة حنث، ونجس الكفارة في الحلف بالله تعالى، وفي غيره الجزاء، وسقط الإيلاء.

وإلاّ بانت بواحدة): أي إن لم يقربها بانت بطلاق واحدة، (وسقط الحلف المؤقت لا المؤبد): حتّى لو كان الحلف مؤقتاً بأربعة أشهر، ولم يقربها بانت بواحدة، وسقط الحلف حتّى لو نكحها فلم يقربها بعد ذلك لا تبين، أمّا في الحلف المؤبد إن نكحها ولم يقربها أربعة أشهر تبين ثانياً، ثمّ إن نكحها، ولم يقربها أربعة أشهر تبين.

(١) ولو مآلاً كقوله لأجنبية: إن تزوجتك فوالله لا أقربك؛ لأن المعتبر وقت تنجيز الإيلاء. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٥٤٥).

(٢) أو نحوه مما يشق، بخلاف فعليّ صلاة ركعتين، فليس بمول لعدم مشقتهما، بخلاف فعليّ منة ركعة، بقياسه أن يكون مولياً بمئة ختمة أو اتباع منة جنازة ولم أره. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٥٤٨).

فتبين بأخرى إن مضت مدة أخرى بعد نكاح ثانٍ بلا فيء، ثم أخرى كذلك بعد ثالث، وبقي الحلف بعد ثالث، لا الإيلاء، فلو قربها كفر، ولا تبين بالإيلاء، وقوله: والله لا أقربك شهرين، وشهرين بعد هذين الشهرين إيلاء، بخلاف بعد يوم، والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين، والله لا أقربك سنة إلا يوماً، وقوله بالبصرة: والله لا أدخل الكوفة، وامرأته بها

ثالثاً، وهذا معنى قوله: (فتبين بأخرى إن مضت مدة أخرى بعد نكاح ثانٍ بلا فيء، ثم أخرى كذلك بعد ثالث): فقوله بلا فيء أي بلا قربان.

(وبقي الحلف بعد ثالث، لا الإيلاء، فلو قربها كفر، ولا تبين بالإيلاء): أي الحلف المؤبد إذا وقع ثلاث تطبيقات من غير قربان بقي الحلف؛ لأنه لم يقربها، فلم ينحل اليمين، لكن لم يبق الإيلاء، فلو نكحها بعد الزوج الثاني، وقربها نجس الكفارة؛ لبقاء اليمين، ولو لم يقربها لا تبين بالإيلاء؛ لأنه لم يبق الإيلاء.

وقوله: وبقي الحلف بعد ثلاث؛ فيه تفصيل، إن كان الحلف بالله تعالى يبقى الحلف حتى تجب الكفارة، وإن كان الحلف بغير طلاقها بقي الحلف أيضاً، وإن كان بطلاقها لا يبقى؛ لأن التنجيز يُبطل التعليق.

(وقوله: والله لا أقربك شهرين، وشهرين بعد هذين الشهرين إيلاء، بخلاف بعد يوم، والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين): أي لو قال: والله لا أقربك شهرين، ومكث يوماً، ثم قال: والله لا أقربك الشهرين بعد الشهرين الأولين، لم يكن مولياً؛ لأن في اليوم الأول كان حلفه على شهرين، وفي اليوم الثاني كان^(١) حلفه على أربعة أشهر إلا يوماً واحداً.

وقوله: (والله لا أقربك سنة إلا يوماً^(٢))، وقوله بالبصرة: والله لا أدخل الكوفة، وامرأته بها^(٣).

(١) زيادة من ب و س و م.

(٢) وجه أن لا يكون مولياً أنه يمكن له قربانها في أي يوم من أيام السنة؛ لأنه استثنى يوماً منكراً. ينظر:

«رمز الحقائق» (١: ٢٠٢).

(٣) وجه أن لا يكون مولياً أنه يمكن أن تخرج له زوجته من الكوفة فيقربها. ينظر: المصدر السابق.

ولا إيلاء من مبائنة وأجنبية نكحها بعد ذلك، فأما مطلقة الرجعي فكالزوجة. ولو عجز عن الفداء بالوطء لمرض بأحدهما، أو صغرهما، أو رتقها، أو لمسية أربعة أشهر بينهما، ففيرة قوله: فئت إليها، فلا تطلق بعده لو مضت مدته وهو عاجز، فإن صح قبل مدته ففيرة بوطئه. وأنت علي حرام: إن نوى به الطلاق، فبائنة، وإن نوى به الظهار، أو الثلاث، أو الكذب، فما نوى، وإن نوى التحريم ولم ينو شيئاً فإيلاء.

ولا إيلاء من مبائنة وأجنبية نكحها بعد ذلك، فأما مطلقة الرجعي فكالزوجة^(١).

ولو عجز عن الفداء بالوطء لمرض بأحدهما، أو صغرهما، أو رتقها، أو لمسية أربعة أشهر بينهما، ففيرة قوله: فئت إليها، فلا تطلق بعده لو مضت مدته وهو عاجز، فإن صح قبل مدته ففيرة بوطئه.

وأنت علي حرام: إن نوى به الطلاق، فبائنة، وإن نوى به الظهار، أو الثلاث، أو الكذب، فما نوى، وإن نوى التحريم ولم ينو شيئاً فإيلاء: وقيل: هو وكل حل علي حرام، وهرجه^(٢) بدست^(٣) راست^(٤) كيرم^(٥) بروي^(٦) حرام^(٧)، طلاق بلا نية للعرف، وبه يفتي^(٨).

(١) أي إن آلى من المطلقة البائنة لم يكن مولياً لعدم بقاء الزوجية؛ إذ لا حق لها في الوطء، فلم يكن مانعاً حقها؛ بخلاف الرجعية، وإن آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً؛ لبقاء الزوجية، فإن انقضت عدتها قبل انقضاء مدة الإيلاء يسقط الإيلاء؛ لغوات المحلّة. ينظر: «اللياب» (٣: ٦١).

(٢) هرجه: بمعنى كل شيء. ينظر: «الدر المنقذ» (١: ٤٤٦).

(٣) بدست: بمعنى بيدي. ينظر: المصدر السابق.

(٤) راست: بمعنى صحيح. ينظر: المصدر السابق.

(٥) كيرم: بمعنى أمسكه. ينظر: المصدر السابق.

(٦) بروي: بمعنى علي. ينظر: المصدر السابق.

(٧) أي كل شيء أمسكه بيدي أو أحبسه بيدي علي حرام. ينظر: المصدر السابق.

(٨) أي يفتى بوقوع الطلاق بلا نية بقوله: أنت علي حرام، وما بعدها، وهو قول التأخرين لقلة الاستعمال بالعرف، وعليه الفتوى كما في أكثر المعتمدين؛ ولهذا لا يخلف به الرجال ولو نوى غيره لا يصدق قضاء. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٤٥ - ٤٤٦)، وفي المسألة تفصيل مبسوط في «رد المحتار»^(٩).

باب الخلع

لا بأس به عند الحاجة بما يصلح مهراً، وهو طلاق بائن، ويلزم بدله، وكره أخذه إن نشز، وأخذ الفضل إن نشزت، ولو طلقها بمال، أو على مال وقع بائناً إن قبلت، ولزمها المال. ولو خلع أو طلق: بخمر أو خنزير لم يجب شيء، ووقع بائن في الخلع، ورجعي في الطلاق. وإن قالت: خالعتني على ما في يدي، أو على ما في يدي من مال، أو من دراهم، ففعل ولا شيء في يديها، لم يجب شيء في الأولى^(١)، وترد ما قبضت في الثانية، وثلاثة دراهم في الثالثة.

باب الخلع

(لا بأس به عند الحاجة بما يصلح مهراً، وهو طلاق بائن، ويلزم بدله، وكره أخذه إن نشز^(٢)، وأخذ الفضل إن نشزت^(٣))^(٤): أي أخذ الفضل على ما دفع إليها من المهر.
(ولو طلقها بمال، أو على مال^(٥) وقع بائناً إن قبلت، ولزمها المال^(٦).
ولو خلع أو طلق: بخمر أو خنزير لم يجب شيء^(٧)، ووقع بائن في الخلع، ورجعي في الطلاق.
وإن قالت: خالعتني على ما في يدي، أو على ما في يدي من مال، أو من دراهم، ففعل ولا شيء في يديها، لم يجب شيء في الأولى^(٨)، وترد ما قبضت في الثانية، وثلاثة دراهم في الثالثة.

(١) أي لعدم وجود التسمية ويقع الطلاق مجاناً لقبوله ورضاه. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٥٦١).

(٢) نشز: أي إن تركها الرجل وجفاها. ينظر: «المصباح» (ص ٦٠٦).

(٣) نشزت: أي استعصت المرأة على زوجها وأبغضته. ينظر: «المغرب» (ص ٤٦٤).

(٤) أي يلزم على المرأة بدل للخلع، ولكن يكره للرجل أخذه إن كان سبب الخلع منه، أو أخذه زيادة على مهرها.

(٥) أي بأن قال: أنت طالق بألف درهم، أو على ألف درهم. ينظر: «العمدة» (٢: ١٢٣).

(٦) لأنه ما رضي بالطلاق إلا ليسلم له المال المسمى، وقد ورد الشرع به فيلزمها. ينظر: «الاختيار» (٣: ٢٠٢).

(٧) لأنها ما سعت مالاً متقوماً. ينظر: «الهداية» (٢: ١٤).

(٨) أي لعدم وجود التسمية ويقع الطلاق مجاناً لقبوله ورضاه. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٥٦١).

وإن اختلعت على عبد لها أبق على براءتها من ضمانه، تسلمه إن قدرت، وفيه إن عجزت. وإن طلبت ثلاثاً باللف، أو على ألف درهم، فطلقها واحدة تقع في الأولى بائة بثلاث الألف، وفي الثانية رجعية بلا شيء عند أبي حنيفة رحمته، وإن قال: طلقني نفسك ثلاثاً باللف، أو على ألف فطلقت واحدة لم يقع شيء، ولو قال: أنت طالق، وعليك ألف، أو أنت حرة وعليك ألف، فقبلنا أو لا، طلقنا وعنت بلا شيء.

وإن اختلعت على عبد لها أبق على براءتها من ضمانه، تسلمه ^(١) إن قدرت، وقيمه إن عجزت.

وإن طلبت ثلاثاً باللف، أو على ألف درهم، فطلقها واحدة تقع في الأولى ^(٢) بائة بثلاث الألف، وفي الثانية ^(٣) رجعية بلا شيء عند أبي حنيفة رحمته؛ أما عندهم فيقع بائة بثلاث الألف.

فإنها إذا قالت: طلقني ثلاثاً باللف، جعلت الألف عوضاً للثلاث، فإذا طلقها واحدة يجب ثلث الألف؛ لأن أجزاء العوض منقسمة على أجزاء العوض. أما إذا قالت: طلقني ثلاثاً على ألف، فكلمة: على؛ للشرط، والطلاق يصح تعليقه بالشرط، فأبو حنيفة رحمته يحملها عليه، وأجزاء الشرط لا تنقسم على أجزاء الشروط، وأبو يوسف ومحمد رحمتهما حمل على العوض، بمعنى الباء، كما في بيعت عبد باللف، أو على ألف.

فالجواب: أن البيع لا يصح تعليقه بالشرط، فيحمل على العوض ضرورة. ولا ضرورة في الطلاق لصحة تعليقه بالشرط.

(وإن قال: طلقني نفسك ثلاثاً باللف، أو على ألف فطلقت واحدة لم يقع شيء)؛ لأن الزوج لم يرض بالبينونة إلا أن تسلم له الألف كلها، ولم تسلم بخلاف قولها طلقني ثلاثاً باللف؛ لأنها لما رضت بالبينونة باللف، فهي أرضى بالبينونة ببعضها. (ولو قال: أنت طالق، وعليك ألف، أو أنت حرة وعليك ألف، فقبلنا أو لا، طلقنا وعنت بلا شيء)؛ هذا عند أبي حنيفة رحمته، وأما عندهما إن قبلت المرأة طلقنا باللف، وإن قبلت الأمة عنت باللف، وإن لم يقبل لا يقع شيء، فإنهما جعلوا الواو في قوله: وعليك؛ للحال، والحال بمنزلة الشرط ^(٤)، وأبو حنيفة رحمته جعل الواو للعطف، وتناسب الجمليتين في كونهما اسميتين يدل على العطف، فيكون إخباراً بأن عليهما الألف، فيقع بلا شيء.

(١) أي وجب عليها أن تسلم العبد إلى الزوج إن قدرت عليه، وإن عجزت وجبت عليها أداء قيمته، ولا يعتبر بشرطهما الفاسد، فإن شرط البراء في المعاوضات فاسد، وإنما يصح الخلع؛ لأنه عما لا يعزل بالشروط الفاسدة. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ١٢٤).

(٢) أي في الصورة الأولى: وهي ثلاثاً باللف.

(٣) أي في الصورة الثانية: وهي على ألف.

(٤) وفي «الدر المختار» (٢: ٥٦٣): في «الحاوي»: ويقولها يفتى.

والخلع: معاوضة في حقها حتى يصح رجوعها، ويقتصر على المجلس، ويمين في حقها حتى انعكس الأحكام، وطرف العبد في العتاق كطرفها في الطلاق، ولو قال: طلقك أمس على ألف فلم تقبلي، وقالت: قبلت، فالقول له، ولو قال البائع كذلك فالقول للمشتري

(والخلع: معاوضة في حقها حتى^(١) يصح رجوعها): أي إذا كان الإيجاب منها، فقبل قبول الزوج يصح رجوعها، (وشرط الخيار لها)^(٢): هذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه، أما عندهما فلا يصح شرط الخيار لأحد، فالطلاق واقع، والبدل واجب، (ويقتصر على المجلس): أي إذا كان الإيجاب من قبلها لا بد من قبول الزوج في المجلس. (ويمين^(٣) في حقها حتى انعكس الأحكام): أي إذا كان الإيجاب من جهته لا يصح رجوعه قبل قبول المرأة، ولا يصح شرط الخيار له، ولا يقتصر على المجلس. أي يصح إن قبلت المرأة بعد المجلس، وإنما كان الخلع كذلك^(٤): لأن فيه معنى المعاوضة. فإن المرأة تبذل مالا لتسلم لها نفسها، وفيه معنى اليمين، فإن اليمين بغير الله ذكر الشرط والجزاء، فالخلع تعليق الطلاق بقبول المرأة، وهذا من طرف الزوج، فجعل من جانبه يمينا، ومن جانب المرأة معاوضة.

(وطرف العبد في العتاق كطرفها في الطلاق): فيكون من طرف العبد معاوضة، ومن جانب المولى يمينا، وهي تعليق العتق بشرط قبول العبد، فيترتب أحكام المعارضة في جانب العبد، لا في جانب المولى.

(ولو قال: طلقك أمس على ألف فلم تقبلي، وقالت: قبلت، فالقول له، ولو قال البائع كذلك فالقول للمشتري): أي إذا قال البائع: بعث هذا العبد منك بألف درهم أمس^(٥)، فلم تقبل، وقال المشتري: قبلت، فالقول للمشتري.

(١) زيادة من أوب وس وم.

(٢) صورة المسألة: لو قال: أنت طالق على ألف على أبي بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقلت،

فالخيار باطل إذا كان للزوج، وهو جائز إذا كان للمرأة. ينظر: «الهداية» (٢: ١٦).

(٣) عطف على قوله: معاوضة، فالخلع من جانب الرجل يكون يمينا لما سيذكره الشارح.

(٤) أي معاوضة من جانبها، ويمينا من جانبه.

(٥) زيادة م: ب وس وم.

ويسقط الخلع والمبارأة كل حق لكل واحد منهما على الآخر مما يتعلق بالنكاح، وإن خلع الأب صبيته بما لها لم يجب عليها شيء، وبقي مهرها، وتطلق في الأصح. فإن خلعها على أنه ضامن صبح، وعليه المال، وإن شرط المال عليها تطلق بلا شيء إن قبلت

ووجه الفرق: أن قول البائع: بعث؛ إقرار بقبول المشتري؛ لأن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول، فقوله: فلم تقبل يكون رجوعاً عن إقراره بخلاف الخلع^(١)، فإنه يمين في حقه، فيمكن إنفكاكه عن البدل، فلا يكون إقراراً بقبول المرأة، فيكون القول قوله؛ لأنه منكر للخلع، والمرأة تدعيه.

(ويسقط الخلع والمبارأة^(٢) كل حق لكل واحد منهما على الآخر مما يتعلق بالنكاح^(٣)): فلا يسقط ما لا يتعلق بالنكاح كتمين ما اشترت من الزوج، ويسقط ما لا يتعلق بالنكاح كالمهر، والنفقة الماضية، أما نفقة العدة، فلا تسقط إلا بالذكر، كذا في «الذخيرة»^(٤)، والمهر يسقط من غير ذكره.

(وإن خلع الأب صبيته بما لها لم يجب عليها شيء^(٥))، وبقي مهرها، وتطلق في الأصح^(٦).

فإن خلعها على أنه ضامن^(٧) صبح، وعليه المال، وإن شرط المال عليها تطلق بلا شيء إن قبلت^(٨). «والله أعلم»^(٩).

(١) أي الخلع يمين في جانبه وهو عقد تام لا يتوقف على قبول المرأة فلا يكون قوله: طلقتك أمس على ألف إقراراً لقبولها فلا يكون قوله: فلم تقبلي رجوعاً عنه حتى لا يسمع. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ١٢٧).

(٢) المبارأة: بفتح الهمزة جعل كل منهما بريئاً للآخر من الدعوى، وترك الهمزة خطأ. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٧٦٤).

(٣) صورة المبارأة: أن تقول له: بارئني، فيقول لها: بارئك أو يقول لها ذلك، وتقول هي قبلت. وفي المسألة تفصيل كما في «رد المحتار» (٢: ٥٦٥).

(٤) «الذخيرة البرهانية» (ق ١٠٩/ب).

(٥) لأن بدل الخلع تبرع، ومال الصبي لا يقبل التبرع. ينظر: «درر الحكام» (١: ٣٩٢).

(٦) مقابلة: لما قيل: لا تطلق؛ لأنه معلق بلزوم المال وقد عدم، ووجه الأصح أنه معلق بقبول الأب وقد وجد. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٥٦٨).

(٧) أي ملتزماً لا كفيلاً لعدم وجوب المال عليها. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٥٦٩).

(٨) وهي من أهل القبول بأن تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب، ولا يجب المال عليها؛ لأنها ليست من أهل الغرامة، ولا يسقط مهرها؛ لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب، بل يبقى الكل دخل بها، وانتصف لم يدخل بها. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ١١١/أ).

(٩) زيادة من ص.

باب الظهار

هو تشبيه زوجته، أو ما عبّر به عنها، أو جزء شائع منها بعضو يحرم نظره إليه من أعضاء محاربه نسباً، أو رضاعاً: كأنّتي عليّ كظهر أمي، أو رأسك، ونحوه، أو نصفك كظهر أمي، أو كبطنها، أو كفخذها، أو كفرجها، أو كظهر אחتي، أو عمّتي نسباً أو رضاعاً، ويصيرُ به مظاهراً، ويحرمُ وطؤها، ودواعيه حتّى يُكفّر، فإن وطئ قبله استغفر، وكفّر للظهار فقط، ولا يعود حتّى يُكفّر، والعودُ الموجبُ للكفارة: هو عزمه على وطئها، وليس هذا إلاّ ظهاراً. وفي: أنتِ عليّ مثل أمي، أو كأمي إن نوى الكرامة، أو الظهار صحّت

باب الظهار

(هو تشبيه زوجته، أو ما عبّر به عنها، أو جزء شائع منها بعضو يحرم نظره إليه من أعضاء محاربه نسباً، أو رضاعاً: كأنّتي عليّ كظهر أمي، أو رأسك، ونحوه، أو نصفك كظهر أمي، أو كبطنها، أو كفخذها، أو كفرجها، أو كظهر אחتي، أو عمّتي "نسباً أو رضاعاً")، ويصيرُ به مظاهراً، ويحرمُ وطؤها، ودواعيه حتّى يُكفّر، فإن وطئ قبله: أي قبل التّكفير، (استغفر، وكفّر للظهار فقط): أي تجبُ كفارة الظهار، ولا يجبُ شيء آخر للوطء الحرام.

(ولا يعود حتّى يُكفّر): أي لا يطأها ثانية حتّى يُكفّر.

(والعود^(٢) الموجبُ للكفارة: هو عزمه على وطئها، وليس هذا^(٣) إلاّ ظهاراً): أي ما دُكرَ ليس إلاّ ظهاراً سواءً نوى، أو لم ينو شيئاً، ولا يكون طلاقاً، أو إيلاء.

(وفي: أنتِ عليّ مثل أمي، أو كأمي إن نوى الكرامة، أو الظهار صحّت): أي نيّة

(١) زيادة من ف و ق.

(٢) أي معنى العود الذي تجب في الكفارة كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسُوا﴾.

(٣) أي هذه الصور التي فيها تشبيه زوجته بعضو من أعضاء محاربه ليست إلاّ ظهاراً ولا تحتمل غيره. بنظر

«عمدة الرعاية» (٢: ١٣١).

وإن نوى الطلاق بآنت، وإن لم ينو شيئاً لُغا. وبآنت عليّ حرامٌ كأني صبحٌ ما نوى من طلاق، أوظهار. وأنت عليّ حرامٌ كظهر أُمِّيَ ظهاراً لا غير، وإن نوى طلاقاً أو إيلاء. وخصَّ الظهارَ بزوجته، فلم يصبَح من أمته، ولا مَن نكحها بلا أمرها، ثمَّ ظاهرٌ منها، ثمَّ أجازت. ويأثُنُّ عليّ كظهر أُمِّيَ لنسائه محبٌ لكلِّ كفارةٍ على حدة.

[فصل في الكفارة]

وهي: عتق رقية، وجزاء فيها المسلم والكافر

(وإن نوى الطلاق بآنت، وإن لم ينو شيئاً لُغا^(١)).

وبآنت عليّ حرامٌ كأني صبحٌ ما نوى من طلاق، أوظهار^(٢).

وأنت عليّ حرامٌ كظهر أُمِّيَ ظهاراً لا غير، وإن نوى طلاقاً أو إيلاء^(٣).

وخصَّ الظهارَ بزوجته، فلم يصبَح من أمته، ولا مَن نكحها بلا أمرها، ثمَّ ظاهرٌ منها، ثمَّ أجازت^(٤).

ويأثُنُّ عليّ كظهر أُمِّيَ لنسائه محبٌ لكلِّ كفارةٍ^(٥) على حدة.

[فصل في الكفارة]

وهي : عتق رقية ، وجزاء فيها المسلم والكافر) ، وفيه خلافٌ

(١) لأنه كلام يحتمل وحوهاً: لأن مثل التشبيه، وتشبيه الشيء بالشيء قد يكون من وجه وقد يكون من وجوه، فإذا نوى به البر والكرامة لم يكن مظاهراً؛ لأن ما نواه محتمل، ومعناه أنت عتدي في استحقاق البر والكرامة كأني. وإن نوى الظهار فظهار؛ لأنه شبهها بجميع الأم، ولو شبهها بظهر الأم كان ظهاراً، فإذا شبهها بجميع الأم كان أولى، وإن لم يكن له نية فليس ذلك بشيء. ينظر: «المبسوط» (٦): (٢٢٨).

(٢) لأنه إذا ذكر مع التشبيه التحريم لم يحتمل معنى الكرامة، فتعين التحريم، وهو يحتمل تحريم الظهار ويحتمل تحريم الطلاق، فيرجع إلى نيته فإن لم يكن له نية يكون ظهاراً؛ لأن حرف التشبيه يختص بالظهار فمطلق التحريم يحمل عليه. ينظر: «البدائع» (٣: ٢٣٢).

(٣) أي فهذا اللفظ لا يثبت به إلا الظهار، فلو نوى الطلاق أو الإيلاء، أو قال: لم أنو به شيئاً، يكون ظهاراً. ينظر: «المنهاج» (٤: ٢٤٩).

(٤) هذه المسألة تفريع على ما قبلها: ومعناها: أي لو ظاهر من امرأة نكاحها موقوف لا يصبَح ظهاراً؛ لأنها حين ظاهر منها الرجل لم تكن زوجته فلم يصبَح ظهاراً. وتامه في «المنهاج» (٤: ٢٤٩).

(٥) زيادة من م.

والذكر، والأنثى، والصغير، والكبير، والأصم، والأعور ومقطوع إحدى يديه، وإحدى رجله من خلاف، ومكائب لم يؤد شيئاً، وشراء قريبه بنية كفارته، وإعتاق نصف عبده، ثم باقيه. لا فائت جنس المنفعة: كالأعمى، ومجنون لا يعقل، والمقطوع يده، أو إبهامه، أو رجلاه، أو يده ورجل من جانب، ولا مدبر، ولا مكائب أدى بعض بدله، وإعتاق نصف عبده مشترك، ثم باقيه بعد ضمانه

الشافعي^(١)، وتحقيقه في أصول الفقه في حمل المطلق على المقيد^(٢)، (والذكر، والأنثى، والصغير، والكبير، والأصم): أي من يكون في أذنيه وقراً^(٣)، أما من لا يسمع أصلاً ينبغي أن لا يجوز؛ لأنه فائت جنس المنفعة، (والأعور ومقطوع إحدى يديه، وإحدى رجله من خلاف، ومكائب لم يؤد شيئاً، وشراء قريبه بنية كفارته، وإعتاق نصف عبده، ثم باقيه^(٤)).

لا فائت جنس المنفعة: كالأعمى، ومجنون لا يعقل، احتراز عن من يحن ويضيق، (والمقطوع يده، أو إبهامه^(٥)، أو رجلاه، أو يده ورجل من جانب، ولا مدبر، ولا مكائب أدى بعض بدله، وإعتاق نصف عبده مشترك، ثم باقيه بعد ضمانه)؛ لأنه انتقص نصيب صاحبه في ملكه^(٦)، ثم يتحول إلى ملك المعتق بالضمان، وعندهما يجوز^(٧) إذا كان المعتق موسراً؛ لأنه يملك نصيب صاحبه بالضمان، فكأنه أعتق كله عن الكفارة بخلاف ما إذا كان معسراً، فإن عندهما الواجب السعاية في نصيب الشريك، فيكون إعتاقاً بعوض.

- (١) ينظر: «المناهج» (٣: ٣٦٠)، و«المحلي على المناهج» (٤: ٢٢)، و«نهاية المحتاج» (٧: ٩٢)، وغيرها.
 (٢) لا يحمل المقيد في كفارة القتل على المطلق في كفارة الظهار عند الأحناف، وهو من نوع ما اتحد فيه الحكم واختلفت فيه الحادثة. ينظر: «تجريد التجريد» (ص ٢٨)، و«الفصول في الأصول» (١: ٣١٠)، و«البحر المحيط» (٥: ٣٠)، و«شرح الكوكب المنير» (ص ٤٢١)، و«حاشية العطار» (٢: ٨١).
 (٣) الوقر: الثقل في الأذن. ينظر: «مختار» (ص ٧٣٣).
 (٤) أي قبل وطء من ظاهر منها؛ لأنه اعتقه بكلامين، والتقصان متمكن على ملكه بسبب عتاق بجهة الكفارة؛ وذلك لا يمنع الجواز. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٥١).
 (٥) لأن قوة البطش بهما بفواتهما يفوت جنس المنفعة. ينظر: «الهداية» (٢: ٢٠).
 (٦) لتمدّد استدامة الملك فيه، ثم يتحول إليه بالضمان ما بقي منه، فكان في المعنى إعتاق عند لا شيئاً، ومثله يمنع الكفارة. ينظر: «العناية» (٤: ٢٦٤).
 (٧) لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما. ينظر: «التيين» (٣: ٩).

ونصف عبده عن تكفيره، ثم باقيه بعد وطء من ظاهر منها، وإن عجز عن العتق صام شهرين ولأه ليس فيهما شهر رمضان، ولا خمسة نهي صومها، وإن أفطر بعذر، أو بغيره، أو وطئها في الشهرين ليلاً عمداً، أو يوماً سهواً، استأنف الصوم لا الإطعام إن وطئها في خلاله، وإن عجز عن الصوم أطعم هو أو نائبه ستين مسكيناً كلاً قدر الفطرة، أو قيمته، وإن غداهم وعشاهم، وأشبعهم فيهما وإن قل ما أكلوا، أو أعطى

(ونصف عبده عن تكفيره، ثم باقيه بعد وطء من ظاهر منها)؛ لأن الإعتاق يجب أن يكون قبل المسيس، وعندهما يجوز؛ لأن إعتاق البعض إعتاق الكل عندهما. (وإن عجز عن العتق صام شهرين ولأه ليس فيهما شهر رمضان، ولا خمسة نهي صومها^(١))، وإن أفطر بعذر، أو بغيره، أو وطئها في الشهرين ليلاً عمداً، أو يوماً سهواً^(٢)، استأنف الصوم لا الإطعام إن وطئها في خلاله)، ^(٣) هذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما، وعند أبي يوسف رحمته لا يستأنف الصوم؛ لأنه يجب أن يكون متتابعاً مقدماً على المسيس، فالتتابع حاصل، بقي أن التقدّم على المسيس غير حاصل، لكنّه إن استأنف يكون الكل مؤخراً عن المسيس، ولو لم يستأنف فبعضه مقدّم على المسيس، فهذا أولى، ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما أنّه يجب أن يكون مقدماً على المسيس خالياً عنه، فالتقدّم على المسيس قد فات، لكنّ خلوه عن المسيس ممكن، فتجب رعايته.

(وإن عجز عن الصوم أطعم هو أو نائبه ستين مسكيناً كلاً قدر الفطرة، أو قيمته)، هذا عندنا، وأمّا عند الشافعي رحمته لا يجوز دفع القيمة، (وإن غداهم وعشاهم وأشبعهم فيهما^(٤)) : أي في الغداء والعشاء^(٥)، (وإن قل ما أكلوا، أو أعطى

(١) وهي: يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق.

(٢) لفوات التابع، وهو قادر على التابع عادة بخلاف المرأة إذا أفطرت في كفارة الظهار والقتل بعذر الحيض فإنها لا تستأنف لأنها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين لا تحيض فيهما. ينظر: «البنية» (٤: ٧١٥).

(٣) زيادة من أوف.

(٤) ينظر: «التبعية» (ص ١٢٠)، و«المنهاج» وشرحه «المحتاج» (٣: ٣٦٢)، وغيرها.

(٥) زيادة من ب و م.

(٦) لأن المعتبر دفع حاجة اليوم، والعادة حدوث الحاجة في كل يوم مرتين. ينظر: «كشف الحقائق» (١: ٢٢١).

مَنْ بُرَّ، وَمَنُوي ثَمَر، أو شعير، أو واحداً شهرين جاز، وفي يوم واحدٍ قدرَ الشهرين لا يجوزُ إلا عن يومه، وإن أطعمَ ستينَ مسكيناً كلاً صاعاً من بُرٍّ عن ظهارين لم يصحَّ إلا عن ظهاري واحد، وعن إفطارٍ وظهاريٍّ صبحٍ، كصومِ أربعة أشهر، أو إطعامِ مئةٍ وعشرينَ مسكيناً، أو إعتاقِ عبيدين عن

مَنْ^(١) بُرَّ، وَمَنُوي ثَمَر، أو شعير، أو واحداً شهرين جاز، وفي يوم واحدٍ قدرَ الشهرين لا يجوزُ إلا عن يومه^(٢)؛ أي أعطى شخصاً واحداً في يوم واحدٍ قدرَ الشهرين لا يجوزُ إلا عن هذا اليوم، هذا مذهبنا، وأما عند الشافعي^(٣) فلا بُدَّ من التملك، كما في الكسوة، ووجه قولنا: ما ذكر في أصول الفقه في دلالة^(٤) النص: إن الإطعامَ جعلَ الغير طاعماً، وهو بالإباحة...إلى آخره.

(وإن أطعمَ ستينَ مسكيناً كلاً صاعاً^(٥) "من بُرٍّ" عن ظهارين^(٦) لم يصحَّ إلا عن ظهاري واحد، وعن إفطارٍ^(٧) وظهاريٍّ صبحٍ)، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف^(٨)، وأما عند محمد^(٩) يجوزُ عن الظهارين، هما يقولان النيةُ تعملُ عند اختلاف الجنسين كالإفطار والظهاري، لا عند اتحادهما، فإذا لَغَتِ النيةُ والصَّاعُ يصلحُ كفارةً واحدة؛ لأنَّ نصفَ الصَّاعِ من أدنى المقادير، فالموذَى وهو الصَّاعُ يصلحُ كفارةً واحدةً جعلها للظهارين فلا يصح^(١٠).

(كصومِ أربعة أشهر، أو إطعامِ مئةٍ وعشرينَ مسكيناً، أو إعتاقِ عبيدين عن

(١) المَن: ١٠٥٨.٤ غرام. ينظر: «الفقه الإسلامي وأدلته» (١: ١٤٤)، و«معجم الفقهاء» (ص ٤٠٤).

«المقادير الشرعية» (ص ٧٨).

(٢) زيادة م: م.

(٣) ينظر: «الفرق البهية» (٤: ٣٢١)، و«مغني المحتاج» (٣: ٣٦٦)، و«تحفة الحبيب» (٤: ٢٥)، وغيرهم.

(٤) ينظر: «كشف الأسرار شرح أصول البيهقي» (٢: ٢١٦)، و«التوضيح» (١: ٢٥٤)، و«التقرير والتحبير» (٣: ١٣٧)، وغيرها.

(٥) الصاع: ٤٢٣٣.٦ غرام. ينظر: «معجم الفقهاء» (ص ٤٠٤)، «المقادير الشرعية» (ص ٧٨).

(٦) زيادة أ وب و س و م.

(٧) أي ظهارين من امرأة، أو امرأتين دفعة واحدة، أما لو كان بدفعت جاز اتفاقاً؛ لأن المرة الثانية كمسكين آخر. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٥٨٤).

(٨) أي إفطار في رمضان عامداً.

(٩) أي فلا يصح جعلها للظهارين بل لظهاري واحد.

ظهارين، وإن لم يعين واحداً لواحد، وفي إعتاق عبدٍ عنهما، أو صوم شهرين، له أن يعين لأيّ شاء. وإن أعتق عن قتلٍ وظهارٍ لم يجز عن واحد، وكفر عبدٌ ظاهراً بالصوم فقط لا سيده بالمال عنه.

باب اللعان

مَنْ قَذَفَ بِالزُّنَا زَوْجَتَهُ الْعَفِيفَةَ، وَكُلُّ صَلَحٍ شَاهِدًا، أَوْ نَفَى وَلَدَهَا وَطَالَبَتْ بِهِ لَأَعْن، فَإِنْ أَبَى

ظهارين، وإن لم يعين واحداً لواحد؛ لأنَّ الجنسَ في الظهارين متحدٌ فلا يجبُ التَّعِينُ. (وفي إعتاقِ عبدٍ عنهما، أو صوم شهرين، له أن يعين لأيّ شاء^(١).)

وإن أعتق عن قتلٍ وظهارٍ لم يجز عن واحد، وعند زُفَرٍ رحمته الله لا يجرؤه عن أحدهما في الفصلين^(٢)، وعند الشَّافِعِيِّ رحمته الله يُجْعَلُ عن أحدهما في الفصلين^(٣).

(وكفرَ عبدٌ ظاهراً بالصوم فقط لا سيده بالمال عنه)؛ لأنَّ الكفارةَ عبادةً، ففعل الآخر لا يكون فعله.

باب اللعان

مَنْ قَذَفَ بِالزُّنَا زَوْجَتَهُ الْعَفِيفَةَ: أي عن فعل الزنا غير متهمّة به كمن يكون معها ولد، ولا يكون له أبٌ معروف، وإنما اقتصر على كون الزوجة عفيفة، ولم يقل: والمرأة ممن يحد قاذفها، كما قال في «الهداية»^(٤)، ولا شك أن العفة أعم من كونها ممن يحد قاذفها؛ لأنَّ اشتراط كونهما من أهل الشهادة، يدلُّ على الحرّة، والتكليف، والإسلام، فلا حاجة إلى قوله: وهي ممن يحد قاذفها، بل يكفي ذكر العفة، (وكلُّ صَلَحٍ شَاهِدًا، أَوْ نَفَى وَلَدَهَا وَطَالَبَتْ بِهِ): أي بموجب القذف، (لَأَعْن، فَإِنْ أَبَى):

(١) أي صح تعيينه عن أي الظهارين شاء.

(٢) أي في اتحاد الجنس واختلافه. ينظر: «حاشية كشف الحقائق» (١: ٢٢٣).

(٣) ينظر: «تحفة المحتاج» (٨: ١٩٠)، و«نهاية المحتاج» (٧: ٩١)، و«فتوحات الوهاب» (٤: ٤١٤)، وغيرها.

(٤) لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد، فالنية في الجنس الواحد لا تفيد، وينبغي أن أصل الكفارة، وذلك يكفي، فله أن يجعل بعد ذلك عن أبيهما. ينظر: «البنية» (٤: ٧٢٦).

(٥) «الهداية» (٢: ٢٣).

حُبْسٍ حَتَّى يُلَاعِنَ، أَوْ يَكْذِبَ نَفْسَهُ فَيَحْدُ، فَإِنْ لَاعَنَ لَاعَنَتْ، وَإِلَّا حُبِسَتْ حَتَّى تُلَاعِنَ أَوْ تُصَدِّقَهُ، فَإِنْ كَانَ هُوَ عَبْدًا، أَوْ كَافِرًا، أَوْ مُحْدُودًا فِي قَذْفٍ حَدٍّ، وَإِنْ صَلَحَ هُوَ شَاهِدًا، وَهِيَ أَمَةٌ، أَوْ كَافِرَةٌ، أَوْ مُحْدُودَةٌ فِي قَذْفٍ، أَوْ صَبِيَّةٌ، أَوْ مَجْنُونَةٌ، أَوْ زَانِيَةٌ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَلَا لِعَانَ، وَصُورَتُهُ: أَنْ يَقُولَ هُوَ أَوَّلًا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّي صَادِقٌ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزُّنَا، وَفِي الْخَامِسَةِ: لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ كَاذِبًا فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزُّنَا؛ مَشِيرًا إِلَيْهَا

أَيِ امْتَنَعَ عَنِ اللَّعَانِ، (حُبْسٍ حَتَّى يُلَاعِنَ، أَوْ يَكْذِبَ نَفْسَهُ فَيَحْدُ): "أَيِ بَعْدَ التَّكْذِيبِ"، (فَإِنْ لَاعَنَ لَاعَنَتْ، وَإِلَّا حُبِسَتْ حَتَّى تُلَاعِنَ أَوْ تُصَدِّقَهُ): فَيَنْفِي نَسَبًا وَلِدُوهَا عَنْهُ، لَكِنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا الْحَدُّ بِهَذَا التَّصْدِيقِ.

(فَإِنْ كَانَ هُوَ عَبْدًا، أَوْ كَافِرًا، أَوْ مُحْدُودًا فِي قَذْفٍ حَدٍّ)^(١)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ اللَّعَانِ؛ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ.

(وَإِنْ صَلَحَ هُوَ شَاهِدًا، وَهِيَ أَمَةٌ، أَوْ كَافِرَةٌ، أَوْ مُحْدُودَةٌ فِي قَذْفٍ، أَوْ صَبِيَّةٌ، أَوْ مَجْنُونَةٌ، أَوْ زَانِيَةٌ)^(٢) فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَلَا لِعَانَ)^(٣)؛ لِأَنَّهُ إِنْ اتَّصَفَتْ بِالزُّنَا لَا تَكُونُ عَقِيفَةً، وَإِنْ اتَّصَفَتْ بغيرِهِ مِمَّا ذُكِرَ لَا تَكُونُ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ، فَلَا حَدَّ عَلَى الزَّوْجِ؛ لِعَدَمِ إِحْصَانِهَا، وَلَا لِعَانَ؛ لِعَدَمِ عَقْفَتِهَا، وَأَهْلِيَّتِهَا لِلشَّهَادَةِ.

(وَصُورَتُهُ: أَنْ يَقُولَ هُوَ أَوَّلًا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّي صَادِقٌ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزُّنَا، وَفِي الْخَامِسَةِ: لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ كَاذِبًا فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزُّنَا؛ مَشِيرًا إِلَيْهَا

(١) زيادة من م.

(٢) يعني إذا كانت هي من أهل اللعان بأن كانت صالحة للشهادة عليه؛ لأن اللعان تعذر لعني من جهته فبصار إلى الموجب الأصلي، وهو الثابت بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ الآية، ولا يتصور أن يكون الزوج كافرًا، وهي مسلمة إلا إذا كانا كافرين فأسلمت، ثم قذفها قبل عرض الإسلام عليه. ينظر: «التبيين» (٣: ١٧ - ١٨).

(٣) أي كان ظهور زناها بين الناس كذلك، أو تزوجها بنكاح فاسد، أو لدها من غير أب معروف. ينظر: «البناء» (٤: ٧٣٥).

(٤) وهذا بناء على أن الركن في باب اللعان عندنا شهادات مؤكدة بالآيمان من الجانبين مزاكاة باللعن والغضب قائمة مقام حد القذف من وجه في جانب الزوج، ومن وجه في جانب المرأة قائم مقام حد الزنا من وجه، فيشترط أهلية الشهادة من الجانبين وإحصان المرأة لزوجها؛ لأن قذف غير المحصنة لا يوجب الحد على القاذف. ينظر: «المحيط» (ص ٢٧٨).

في جميعه، ثم تقول هي أربع مرّات: أشهد بالله إنه كاذب فيما رماني به من الزنا، وفي الخامسة: غضب الله عليها، إن كان صادقاً فيما رماني به من الزنا، ثم يفرّق القاضي بينهما، وإن قذف بنفي الولد، أو به، وبالنزنا، ذكرها فيه ما قذف به، ثم يفرّق القاضي، وينفي نسبه، ويلحقه بأمه، وتبين بطلقة، فإن أكذب نفسه حدّ، وحلّ له نكاحها، وكذا إن قذف غيرها فحدّ به، أو زنت فحدّت

في جميعه، ثم تقول هي أربع مرّات: أشهد بالله إنه كاذب فيما رماني به من الزنا، وفي الخامسة: غضب الله عليها^(١)، إن كان صادقاً فيما رماني به من الزنا، ثم يفرّق القاضي بينهما، وإن قذف بنفي الولد، أو به، وبالنزنا، ذكرها فيه: أي في اللعان، (ما قذف به): "أي من الزنا، ونفي الولد".

(ثم يفرّق القاضي، وينفي نسبه، ويلحقه بأمه، وتبين بطلقة، فإن أكذب نفسه حدّ، وحلّ له نكاحها)؛ لأنه لم يبق اللعان بينهما، وقوله ﷺ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»^(٢): أي ما دامتا متلاعنين؛ لأنه علّة عدم اجتماعهما اللعان، فلمّا بطل اللعان لم يبق حكمه، وهو عدم الاجتماع.

(وكذا إن قذف غيرها فحدّ به، أو زنت فحدّت)^(٣): أي حلّ له نكاحها إن قذف غيرها بعد التلاعن فحدّ، أو زنت بعد التلاعن فحدّت، فإن بقاء أهلية اللعان شرط؛ لبقاء حكمه.

(١) وإنما خصّ الغضب في جانبها؛ لأنها تتجاسر باللعن على نفسها كاذبة؛ لأن النساء تستعملن اللعن كثيراً كما في الحديث، فاختر الغضب لتقي ولا تقدم عليه. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٥٨).

(٢) زيادة من م.

(٣) من حديث ابن عمر في «سنن البيهقي الكبير» (٧: ٤٠٩)، و«سنن الدارقطني» (٣: ٢٧٦)، و«مسند أبي حنيفة» (١: ١٥٥)، قال صاحب «التنقيح»: إسناده جيد. وفي «سنن الدارقطني» (٣: ٢٧٦) عن علي وعبد الله: (مضت السنة أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً). ووري موقوفاً عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وابن شهاب في «سنن أبي داود» (٢: ٢٧٣)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٤: ١٩)، و«مصنف عبد الرزاق» (٧: ١١٢)، و«المعجم الكبير» (٩: ٣٣٤)، وينظر: «نصب الراية» (٣: ٢٥٠) و«تلخيص الحبير» (٣: ٢٢٧)، و«خلاصة البدر» (٢: ٢٣٢)، وغيرها.

(٤) لم يقيد في «الفر» (١: ٣٩٨) بالحدّ في زناها، وعلل ذلك في «درر الحكام» (١: ٣٩٨)؛ وذلك لأن مجرد زناها يسقط إحصانها فلا حاجة إلى ذكر الحد، بخلاف القذف إذ لا يسقط به الإحصان. وأبده في ذلك عبد الحلیم في «حاشيته» (١: ٢٨٦) عليه، وصاحب «رد المحتار» (٢: ٥٩٠) وذكر وجوهاً لدفع الإشكال عن عبارة صاحب «الهداية» في التقييد بالحد، منها: أن يكون القيد انتفاعياً

ولا لعان بقذف الأخرس، ونفي الحمل عنه وإن ولدت لأقل من ستة أشهر، وبزنيته وهذا الحمل منه تلاعنا، ولا ينفي القاضي الحمل، ومن نفى الولد زمان التهنئة، أو شراء آلة الولادة صح، وبعده لا، ولا عن في حالته، وإن نفى أول توأمين، وأقر بالآخر حد، وفي عكسه لا عن، وصح نسبهما منه في الوجهين

(ولا لعان بقذف الأخرس^(١))، ونفي الحمل عنه^(٢) وإن ولدت لأقل من ستة أشهر، هذا عند أبي حنيفة وزفر^(٣)، وعند أبي يوسف ومحمد^(٤) يجب اللعان إذا ولدت لأقل من ستة أشهر؛ لأنه حيثل تبيّن أنه كان موجوداً وقت النفي، ولأبي حنيفة وزفر^(٥) أنه لا يتيقن بوجود الحمل، وفيما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر، فيصير كأنه قال: إن كنت حاملاً، فحملك ليس مني، ثم تبيّن أنها كانت حاملاً، والقذف لا يصح تعليقه.

(وبزنيته وهذا الحمل منه تلاعنا، ولا ينفي القاضي الحمل)؛ لأن تلاعها كان بسبب قوله: زنيته، لا بنفي الحمل.

(ومن نفى الولد زمان التهنئة^(٦))، أو شراء آلة الولادة^(٧) صح، وبعده لا، ولا عن في حالته: أي في حالة النفي زمان التهنئة، وحال النفي بعد زمان التهنئة. (وإن نفى أول توأمين^(٨))، وأقر بالآخر حد؛ لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني؛ لأنهما خلقا من ماء واحد، (وفي عكسه لا عن): أي إن أقر بالأول، ونفى الثاني لا عن؛ لأنه قذف بنفي الثاني، ولم يرجع عنه، (وصح نسبهما منه^(٩) في الوجهين)؛ لاعترافه بأحدهما، وهما خلقا من ماء واحد.

(١) لأنه فقد الركن وهو لفظ: أشهد، ولذا لا تلاعن بالكتابة. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٥٩٠).

(٢) أي قبل وضعه بأن قال لامرأته ليس حملك مني. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٦٠).

(٣) زيادة من أ.

(٤) ولم يعين لها مقداراً في ظاهر الرواية، وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة^(٥) تقديرها بثلاثة أيام. وروى الحسن عنه: سبعة؛ لأنها أيام التهنئة. وضعه السرخسي بأن نصب المقادير بالرأي متعلاً. وعندهما:

هي مقدرة بمدة النفاس؛ لأنها أثر الولادة. ينظر: «فتح القدير» (٤: ٢٩٥).

(٥) أي كالمهد ونحوه. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٥٩١).

(٦) أي ولدين من بطن واحد بين ولادتهما أقل من ستة أشهر. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٦٠).

(٧) زيادة من أ وب وس وم.

باب العنين

إن أقر أنه لم يصل إليها أجله الحاكم سنة قمرية في الصحيح، ورمضان وآيام حيضها منها، لا مدة مرضه ومرضها، فإن لم يصل فيها فرق القاضي بينهما إن طلبته، وتبين بطلقة، ولها كل المهر إن خلا بها، وتجب العدة. وإن اختلفا، وكانت ثيباً، أو بكرة فنظرت النساء فقلن: ثيب، حلف، فإن حلف بطل حقها، وإن نكل، أو قلن: بكر، أجل. ولو أجل، ثم اختلفا، فالتقسيم هنا كما مر، وبطل حقها بحلفه حيث بطل ثمة، كما لو اختارته، وخيرت هنا حيث أجل ثمة

باب العنين^(١)

(إن أقر أنه لم يصل إليها أجله الحاكم سنة قمرية في الصحيح): رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمته الله أنه يؤجل سنة شمسية، وفي ظاهر الرواية: سنة قمرية، فالسنة الشمسية مدة وصول الشمس إلى النقطة التي فارقتها من فلك البروج، وذلك في ثلاثين وخمسة وستين يوماً وربع يوم، والسنة القمرية اثنا عشر شهراً قمرياً، ومدتها ثلاثين وأربعة وخمسون يوماً، وثلاث يوم، وثلاث عشر يوم.

(ورمضان وآيام حيضها منها، لا مدة مرضه ومرضها)^(٢)، فإن لم يصل فيها فرق القاضي بينهما إن طلبته: أي إن طلبت المرأة التفريق، (وتبين بطلقة، ولها كل المهر إن خلا بها، وتجب العدة.

(وإن اختلفا): عطف على قوله: إن أقر، فالمراد الاختلاف ابتداء لا بعد التأجيل، (وكانت ثيباً، أو بكرة فنظرت النساء فقلن: ثيب، حلف، فإن حلف بطل حقها، وإن نكل، أو قلن: بكر، أجل.

ولو أجل، ثم اختلفا، فالتقسيم هنا كما مر، وبطل حقها بحلفه حيث بطل ثمة، كما لو اختارته^(٣)، وخيرت هنا حيث أجل ثمة: أي لا يخلو: إما إن كانت

(١) العنين: وهو ما لا يصل إلى النساء، أو يصل إلى الثيب دون الأيكار. ينظر: «الكنز» (ص ٦٢).

(٢) أي أمر لا يستطيع معه الوطء. وبه يفتى. ينظر: «الدر المختار» وحاشيته «رد المختار» (٢: ٥٩٥).

(٣) أي يبطل حقها بحلفه وكانت ثيباً، وكذلك لو اختارته؛ لأنها رضية به، والاختيار شامل لأن يكون حقيقة أو حكماً، كما لو قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو أقام القاضي قبل أن تختار شيئاً وعليه الفتوى. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٦٣).

والخصي كالعنين فيه. وفي المجهوب فرق حالاً بطلبها ولا يتخير أحدهما بعيب الآخر.

ثيباً، أو كانت بكرأ، فنظرت النساء فقلن: ثيب، حلف، فإن حلف بطل حقها، كما في الاختلاف قبل التأجيل، وإن نكل خيرت المرأة، وإن قلن: هي بكر خيرت أيضاً، وقوله: كما لو اختارته، فإن المرأة إن اختارت زوجها بطل حقها في طلب التفريق.

(والخصي كالعنين فيه): أي في التأجيل، (وفي المجهوب فرق حالاً): أي في الحال، (بطلبها): إذ لا فائدة في تأجيله بخلاف الخصي، فإن الوطن منه متوقع.

(ولا يتخير أحدهما بعيب الآخر)، خلافاً للشافعي^(١) في العيوب الخمسة، وهي: الجنون، والجذام^(٢)، والبرص، والقرن^(٣)، والرئق، وعند محمد^(٤) إن كان بالزوج جنون، أو جذام، أو برص، فالمرأة بالخيار، وإن كان بالمرأة لا؛ لأنه يمكن للزوج دفع الضرر عن نفسه بالطلاق. والله أعلم^(٥).



(١) ينظر: «الأم» (٨: ٢٧٧)، و«الفرر البهية» (٤: ١٦١)، و«المحلي على المنهاج» (٣: ٢٦٢)، وغيرها.
(٢) الجذام: داء يتشقق به الجلد وينتن ويقطع اللحم. ينظر: «جامع الرموز» (١: ٣٣٧)، «اللسان» (١: ٥٧٨).

(٣) القرن: أي في الفرج: مانع يمنع من سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحم مرتقة أو عظم. ينظر: «المغرب» (ص ٣٨١).

(٤) زيادة من ق.

باب العدة

هي حرّة تحيض للطلاق والفسخ ثلاث حيض كوامل: كام ولد مات مولاها، أو اعتقها، وموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد في الموت والفرقة ولمن لم تحض؛ لصغر، أو كبير، أو بلغت بالسّن، ولم تحض ثلاثة أشهر، وللموت أربعة أشهر وعشر، ولأمة تحيض حيضتان، ولمن لم تحض، أو مات عنها زوجها نصف ما للحرّة، وللحامل الحرّة أو الأمة

باب العدة

(هي حرّة تحيض للطلاق والفسخ): كالفسخ: بخيار البلوغ، وملك أحد الزوجين الآخر^(١)، وتقبيلا ابن الزوج بشهوة، وارتداد أحدهما، وعدم الكفاءة. (ثلاث حيض كوامل)، أفاد بقوله: كوامل؛ أنه إذا طلقها في الحيض لا يحسب هذا الحيض من العدة.

(كام ولد مات مولاها، أو اعتقها، وموطوءة بشبهة)، كما إذا زفت إليه غير امرأته، وهو لا يعرفها فوطئها، (أو نكاح فاسد)، كالنكاح المؤقت، (في الموت والفرقة)، يتعلق بالوطء بالشبهة والنكاح الفاسد، فالعدة فيها ثلاث حيض سواء مات الزوج، أو وقع بينهما فرقة.

(ولمن لم تحض) عطف على قوله حرّة تحيض، (لصغر، أو كبير، أو بلغت بالسّن، ولم تحض ثلاثة أشهر): أي العدة حرّة لا تحيض لصغر ونحوه للطلاق والفسخ ثلاثة أشهر.

(وللموت أربعة أشهر وعشر): قوله: وللموت عطف على قوله: للطلاق، والفسخ معناه العدة للحرّة للموت أربعة أشهر وعشر.

(ولأمة تحيض حيضتان، ولمن لم تحض، أو مات عنها زوجها نصف ما للحرّة): أي العدة لأمة تحيض للطلاق والفسخ حيضتان، ولأمة لم تحض للطلاق والفسخ نصف ما للحرّة، أي شهر ونصف شهر، وأمّا للموت فنصف ما للحرّة أيضاً، وهو شهران وخمسة أيام.

(وللحامل الحرّة أو الأمة)، فإنه لا فرق في الحامل بين أن تكون حرّة، أو أمة،

(١) هذا ليس على إطلاقه بل هو فيما إذا ملكته لا فيما إذا ملكها. ينظر: «الشرعية» (١: ٤٠١).

وإن مات عنها صبيٌ وَضَعُ حَمْلُهَا، وَلِئِنْ حَبَلَتْ بِعَدَّةِ الْمَوْتِ، وَلَا نَسَبَ فِي وَجْهِهِ

(وإن مات عنها صبيٌ^(١) وَضَعُ حَمْلُهَا): أي وإن كان زوجها الميت صبياً فعَدَّتْهَا بوضع الحمل^(٢).

وعند أبي يوسف رحمته الله والشافعي رحمته الله عَدَّتْهَا عَدَّةُ الْوَفَاةِ؛ لِأَنَّ الْعَدَّةَ بوضع الحمل إنما تجب لصيانة الماء، وذلك في ثابت النسب، وهنا لا يثبت النسب عن الصبي. ولأبي حنيفة رحمته الله ومحمد رحمته الله أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٣) نَزَلَ بِعَدَّةِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٤) فَيَكُونُ نَاسِخًا لَهُ فِي مَقْدَارِ مَا يَتَنَاوَلُهُ الْآيَتَانِ، وَهُوَ حَامِلٌ تَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا.

فإن قيل: المرادُ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ اللَّاتِي ثَبَتَ نَسَبُ حَمْلِهِنَّ. قلنا: لا نسلّم، بل أُولَاتُ الْأَحْمَالِ اللَّاتِي وَجَبَتْ عَلَيْهِنَّ الْعَدَّةُ، فعَدَّتْهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ.

(وَلِئِنْ حَبَلَتْ بِعَدَّةِ الْمَوْتِ الصَّبِيِّ^(٥) عَدَّةُ الْمَوْتِ): لِأَنَّهَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا وَقَدْ مَاتَ الصَّبِيُّ تَعَيَّنَ عَدَّةُ الْمَوْتِ، (وَلَا نَسَبَ فِي وَجْهِهِ): أَيِ فِيمَا حَبَلَتْ قَبْلَ مَوْتِ الصَّبِيِّ، أَوْ بَعْدَهُ.

(١) المراد بالصبي غير المراهق؛ لأنه لو كان مراهقاً وجب أن يثبت النسب منه. ينظر: «الشرنبلالية» (١: ٤٠٢).

(٢) إن ولدت لأقل من ستة أشهر عند الطرفين، ويجوز لها أن تتزوج قبل أن تظهر من نفسها إلا أنه لا يقربها قبله كما في الحيض. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٤٦).

(٣) ينظر: «معني المحتاج» (٣: ٣٣٨)، «المحلي على المنهاج» (٤: ٤٥)، و«تحفة الحبيب» (٤: ٤٦)، و«الأنوار القدسية في الأحوال الشخصية» (ص ١٢٨ - ١٢٩)، وغيرها.

(٤) من سورة الطلاق، الآية (٤).

(٥) من سورة البقرة، الآية (٢٣٤).

(٦) بأن ولدت بعد موته بستة أشهر، فعَدَّتْهَا بِالْأَشْهُرِ إجماعاً؛ لعدم تحقق وجود الحمل حين الموت، فلم تكن من أُولَاتِ الْأَحْمَالِ. ينظر: «الدر المنثور» (١: ٤٤٦).

ولامرأة الفار: للبائن أبعد الأجلين ، وللرجعي ما للموت. ولئن اعتقت في عدّة رجعي كعدّة حرّة، وفي عدّة بائن، أو موت كامة وآيسة رأت الدّم بعد عدّة الأشهر تستأنف بالحيفض

(ولامرأة الفار: للبائن أبعد الأجلين): أي إن انقضت عدّة الطلاق، وهي ثلاث حيفض مثلاً، ولم تنقض عدّة الموت، فلا بدّ أن تترىصّ انقضاء عدّة الموت، ولو انقضت عدّة الموت، ولم تنقض عدّة الطلاق، «فلا بدّ أن» تترىصّ عدّة الطلاق، وللرجعي ما للموت^(١).

ولئن اعتقت في عدّة رجعي^(٢) كعدّة حرّة: أي عدتها كعدّة حرّة، (وفي عدّة بائن، أو موت كامة): أي عدتها كعدّة أمة.

(وآيسة رأت الدّم بعد عدّة الأشهر تستأنف بالحيفض)^(٣): أي إذا كانت الزوجة

(١) زيادة من ص.

(٢) أي إن الزوج إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً في صحته، أو مرضه ودخلت في عدّة الطلاق، ثم مات والعدة باقية تنتقل عدتها إلى عدّة الموت إجماعاً؛ لأنها حينئذ زوجته وتوكل منه. أما إذا كانت منقضية لم تكن زوجته، فلا يجب عليها بموته شيء ولا ترثه. ينظر: «رد المحتار» (١: ٦٠٥).

(٣) أي طلاق رجعي؛ لأن النكاح يبقى في الرجعي، فصارت حرّة حال قيام النكاح. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ١٤٨).

(٤) في المسألة ستة أقوال مصححة:

أحدها: ينتقض مطلقاً، وهو ظاهر كلام صاحب «الهداية» (٢: ٢٩)، والمصنف على خلاف ما حملها الشارح، واختاره صاحب «الاختيار» (٣: ٢٢١)، و«درر الحكام» (١: ٤٠٢)، وصرح الأقطع وصاحب «غاية البيان»: أنه ظاهر الرواية، وصححه في «الملتنقى» (ص ٧٠).

الثاني: لا ينتقض مطلقاً، واختاره أبو علي الدقاق والإسبيجاني.

الثالث: ينتقض إن رآته قبل تمام الأشهر لا بعدها. وهو اختيار الشارح، وأفتى به الصدر الشهيد، وفي «المجتبى»: وهو الصحيح المختار للفتوى.

الرابع: ينتقض على رواية عدم التقدير للإياس التي هي ظاهر الرواية، فإنما ثبت الأمر على ظنها فلما حاضت تبين خطوها، ولا ينتقض على رواية التقدير له، واختاره في «الإيضاح» (ق ٦١/أ)، واقتصر عليه في «الحانية» (١: ٥٥١)، وجزم به القُدوري والجصاص، ونصره في «البدائع» (٣: ٢٠٠).

الخامس: ينتقض إن لم يكن حكم بإياسها، وإن حكم به فلا كان يدعي أحدهما فساد النكاح فيقضى بصحته، وهو قول محمد بن مقاتل.

السادس: ينتقض في المستقبل فلا تعتد إلا بالحيفض للطلاق بعده لا الماضي فلا تفسد الأنكحة المباشرة بعد الاعتداد بالأشهر، وصححه في «النوازل». ينظر: «حاشية عبد الحليم» (١: ٢٨٩)، و«رد المحتار» (٢: ٦٠٦).

كما تستأنف بالشهور من حاضت حيضة ثم آيست

في سنّ الإياس : أي خمسة وخمسين سنة فصاعداً ، وقد انقطع دمها ، فطلقها الزوج تعدُّ بثلاثة أشهر ، فقبل انقضائها رأت الدّم ، فعُلم أنها لم تكن آيسة فتستأنف بالحيض . قال في «الهداية» : هو الصحيح^(١) .

وفي رواية أبي عليّ الدّقاق^(٢) : إنها متى رأت الدّم بعدما حُكِمَ بإياستها أنه لا يكون حيضاً ، ولا يبطلُ الإياس ، ولا يظهرُ ذلك في فسادِ الأنكحة ؛ لأنه دمٌ خرج^(٣) في غير أوانه .

(كما تستأنف بالشهور من حاضت حيضة ثم آيست) : أي انقطع دمها ، وهي في سنّ الإياس تستأنف بالشهور^(٤) .

أقول : الاستئناف مشكل ؛ لأنه لو ظهر أن عدتها بالأشهر من وقت الطلاق ، فالحيض التي رأت قبل الإياس مشتملة على الوقت ، فيجب أن يكون محسوباً من العدّة من حيث أنه وقت^(٥) .

(١) انتهى من «الهداية» (٢ : ٢٩) .

(٢) وهو أبو عليّ الدّقاق الرازي ، الدّقاق بفتح الدال المهملة ، وتشديد القاف الأولى ، يقال لمن يبيع الدقيق ويعمله . تفقه على موسى بن نصر الرازي ، وتفقه عليه أبو عيسى البردعي (ت ٣١٧هـ) ، من مؤلفاته : «كتاب الحيض» . ينظر : «أخبار أبي حنيفة وأصحابه» (ص ١٥٩) ، و«الجواهر المضية» (٤ : ٦٩) ، «تاج التراجم» (ص ٣٣٧) ، «الفوائد» (٢٣٧) .

(٣) زيادة من ف .

(٤) غوراً عن الجمع بين البذل والمبذل منه . ينظر : «الهداية» (٢ : ٢٩) .

(٥) لم يسلم المحققون للشارح مثل هذا البحث كملاً خسرو في «درر الحكام» (١ : ٤٠١) ، وابن كمال باشا في «الإيضاح» (ق ٦١/ب) ، وأفادوا أنه ثبت في هذا المقام نقلاً عن نص صاحب «المبسوط» : أنه لو حاضت حيضة ثم آيست اعتدت بالشهور ثلاثة أشهر بعد الحيضة : لأن إكمال الأصل بالبذل غير ممكن فلا بد من الاستئناف . انتهى . لكن ذكر العلامة أبو سعيد الخادمي في «حاشيته على الدرر» (ص ٢١٧) : أنه ليس مراد صدر الشريعة اثبات مذهب بل إيراد اشكال على تعليلهم ، فالوظيفة في الجواب هو حل شبهته لا بيان مخالفته لل«هداية» ، ولحموه .

وعلى معتدة وطئت بشبهة عدوة أخرى، وتداخلتا، وحيض تراه منهما، فإذا تمت الأولى دون الثانية يجب إتمامها، وتنقضي عدّة الطلاق والموت وإن جهلت بهما، ومبدؤها عقيهما، وفي نكاح فاسد عقيب تفريقه، أو عزمه ترك الوطء. ولو قالت: انقضت عدتي خلقت

(وعلى معتدة وطئت بشبهة عدوة أخرى، وتداخلتا^(١))، وحيض تراه منهما): حيض مبتدأ، وتراه: صفته، ومنهما: خبره، أي حيض تراه بعد الوطء بالشبهة. وقد فهم هذا من أن وطئت: فعل ماض، وتراه: فعل مستقبل، ومنهما: أي من العدتين.

واعلم أن هذا مذهبنا، أمّا عند الشافعي^(٢) فيتداخلان إن كان الوطء بالشبهة من الزوج، وهي في عدته، أمّا إن كان من آخر فلا.

(فإذا تمت الأولى دون الثانية يجب إتمامها): صورته: طلقها الزوج بائناً، أو ثلاثاً فحاضت حيضة، فوطئها غير الزوج بشبهة، فعليها عدتان، فالحيضة الأولى من العدة الأولى، وحيضتان بعدها تكونان من العدتين، فتمت العدة الأولى، فتجب حيضة رابعة ليتم العدة الثانية.

(وتنقضي عدّة الطلاق والموت وإن جهلت بهما): أي بتطليق الزوج وموته، (ومبدؤها عقيهما): أي عقيب الطلاق والموت.

(وفي نكاح فاسد عقيب تفريقه^(٣))، أو عزمه ترك الوطء^(٤).

ولو قالت: انقضت عدتي خلقت): أي إن قالت: انقضت عدتي وكذبها الزوج، فالقول قولها مع اليمين.

(١) أي العدتان، فما تراه المرأة من الحيض يكون محسوباً منهما حتى لو كان الوطء بشبهة بعد حيضة يجب عليها بعدها ثلاث حيض للوطء الثاني، فبعد حيضتين منه تنتهي عدّة الوطء الأول، وتبقى حيضة للوطء الثاني. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ١١٥/١).

(٢) ينظر: «المنهاج» (٣: ٣٩٢)، و«أسنى المطالب» (٣: ٣٩٦)، و«التجريد لنفع العيب» (٤: ٨٣)، وغيرها.

(٣) أي تفريق القاضي. ينظر: «درر الحكام» (١: ٤٠٣).

(٤) بأن يقول: تركتك، أو خلّيت سبيلك، أو ما يقوم مقام ذلك، لا بمجرد العزم أو بعدم المحي إليها. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ١٧٥).

ولو نكح معتدته من بائنٍ وطلقها قبل الوطء فعليه مهرٌ تام، وعدةٌ مستقلة، ولا عدةٌ على ذميةٍ طلقها ذمي، ولا حريّةٌ خرجت إلينا مسلمة.

[فصل في الحداد]

ونحّدُ معتدّة البائن، والموت، كبيرةً مسلمةً حرةً أو لا

(ولو نكحَ معتدته من بائنٍ وطلقها قبل الوطء فعليه مهرٌ تام، وعدةٌ مستقلة^(١)): هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، فإن أثر الوطء في النكاح الأول باق، وهو العدة، فصارَ كأنَّ الوطءَ حاصلٌ في هذا النكاح.

وعند محمد رحمته الله يجبُ عليه نصفُ المهر، وإتمامُ العدة الأولى فقط، ولا عدةٌ للطلاق الثاني؛ لأنَّ الزوجَ طلقها قبل الوطء فيه.

وعند زفر رحمته الله لا عدةٌ عليها أصلاً؛ لأنَّ العدة الأولى سقطت بالتزويج، ولم يجب بالنكاح الثاني لدليل محمد رحمته الله.

(ولا عدةٌ على ذميةٍ طلقها ذمي)^(٢): هذا عند أبي حنيفة رحمته الله إذا لم يكن معتدّاً أهل الذمة ذلك، وإن كان معتدّهم ذلك تجبُ عنده، وعندهما تجبُ مطلقاً، (ولا حريّةٌ خرجت إلينا مسلمة)^(٣).

[فصل في الحداد]

ونحّدُ معتدّة البائن، والموت^(٤)، كبيرةً^(٥) مسلمةً حرةً أو لا: فقوله: أو لا: عطفٌ

(١) لأنها مقبوضة في يده بالوطء الأول لبقاء أثره، وهو العدة وهذه إحدى المسائل العشر المبينة على أن الدخول في النكاح الأول دخول في الثاني. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٦١٣).

(٢) ولو تزوّجها مسلم أو ذمي في فور طلاقها جاز، وهذا إذا كانت لا تجب في معتقدهم بخلاف ما إذا طلقها المسلم أو مات عنها، فإن عليها العدة بالإتفاق؛ لأنها حقٌّ معتقده. ينظر: «فتح القدير» (٤: ١٥٨).

(٣) أو ذمية أو مستأمنة طلقها أو مات عنها؛ لأن العدة لغراض الزوج المحترم ولا احترام له؛ ولذا كن محلاً للتملك، ونمامه في «الدر المنثور» (١: ٤٧٠).

(٤) إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها؛ ولهذا لا تحّدُ المطلقة الرجعية؛ لأن نعمة النكاح لم تفتها لبقاء النكاح؛ ولهذا يحلّ وطؤها وتحري عليها أحكام الزوجات. ينظر: «المبسوط» (٦: ٥٨ - ٥٩).

(٥) لو قال مكلفة لكان أخصر وأشمل، حيث تخرج المجنونة إذ هي مثل الصغيرة والكافرة في عدم التكليف. ينظر: «كشف الرموز» (١: ٢٩١).

بترك الزينة، ولبس المزعفر، والمعصر، والحناء، والطيب، والدهن، والكحل، إلا بعذر، لا معتدة العتق، ونكاح فاسد، ولا تُخطَبُ معتدة إلا تعريضاً، ولا تُخرجُ مُعتدة الرجعي والبائن من بيتها أصلاً، وتُخرجُ معتدة الموت في الملوين، وتبيت في منزلها، وتعتد في منزلها وقت الفرقة، والموت، والطلاق إلا أن تُخرج، أو خافت على قوله: حرّة، وعند الشافعي^(١) لا حداد على معتدة البائن، (بترك الزينة، ولبس المزعفر، والمعصر^(٢)، والحناء، والطيب، والدهن^(٣)، والكحل، إلا بعذر^(٤)، لا معتدة العتق): أي إذا اعتق المولى أم ولده، (ونكاح فاسد)؛ لأنه واجب الرفق فلا تأسف على فوته.

(ولا تُخطَبُ معتدة إلا تعريضاً^(٥))، ولا تُخرجُ مُعتدة الرجعي والبائن من بيتها أصلاً؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾^(٦) الآية.
(وتُخرجُ معتدة الموت في الملوين^(٧))، وتبيت في منزلها) إذ لا نفقة لها، فتحتاج إلى الخروج بخلاف المطلقة؛ لأن النفقة دائرة عليها.
(وتعتد في منزلها وقت الفرقة، والموت، والطلاق إلا أن تُخرج^(٨))، أو خافت

(١) في «المنهاج» (٣: ٣٩٨): ويستحب الإحداد لبائن، وفي قول: يجب. و«المحلي على المنهاج» (٤: ٥٣)، و«تحفة المحتاج» (٨: ٢٥٥)، وغيرها.

(٢) أي الثوب المصبوغ بالزعفران، أو المعصر؛ لأنه تفوح منه رائحة الطيب. ينظر: «فتح القدير» (٤: ٣٤٠).

(٣) ولو بلا طيب كزيت خالص، ومنعه على وجوه يكون فيه زينة. ينظر: «الدرالمختار» (٢: ٦١٧).

(٤) راجع إلى الجميع؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات.

(٥) التعريض: أن يذكر شيئاً يدل على شيء لم يذكره، وهو هنا أن يقول لها: إنك الجميلة، وإنك لصالحة، ومن غرضي أن أتزوج، ونحو ذلك من الكلام الدال على إرادة التزوج بها نحو قوله: إني فيك لراغب، وإني أريد أن نجتمع، وهو القول المعروف، ولا يصرح بالنكاح، ولا يقول إني أريد أن أنكحك. ينظر: «التبيين» (٢: ٣٦).

(٦) من سورة الطلاق، الآية (١).

(٧) الملوّن: الليل والنهار. ينظر: «اللسان» (٦: ٤٢٧٣).

(٨) أي يخرجها الزوج أو ورثته من بيتها، وإن كان ذلك حراماً عليهم. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ١٥٣).

تَلَفَ مَالَهَا أَوْ الْإِنْهَادَامَ، أَوْ لَمْ تُحِذْ كِرَاءَ الْبَيْتِ، وَلَا بُدُّ مِنْ سِتْرَةٍ بَيْنَهُمَا فِي الْبَاتِنِ، وَإِنْ ضَاقَ الْمَنْزِلُ عَلَيْهِمَا، فَالْأَوَّلَى خُرُوجُهُ، وَكَذَا مَعَ فَسْقِهِ، وَحَسُنَ أَنْ يُجْعَلَ بَيْنَهُمَا نَادِرَةٌ عَلَى الْحِيلُولَةِ، وَلَوْ أَبَانَهَا، أَوْ مَاتَ عَنْهَا فِي سَفَرٍ، وَلَيْسَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَصْرِهَا مَسِيرَةٌ سَفَرٍ رَجَعَتْ، وَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَيْرَتْ مَعَهَا وَلِيٌّ أَوْ لَا، وَالْعَوْدُ أَحَدٌ، وَإِنْ كَانَتْ فِي مَصْرِ تَعْتَدُ ثَمَّةً، ثُمَّ تَخْرُجُ بِمَحْرَمٍ

تَلَفَ مَالَهَا أَوْ الْإِنْهَادَامَ، أَوْ لَمْ تُحِذْ كِرَاءَ الْبَيْتِ^(١)، وَلَا بُدُّ مِنْ سِتْرَةٍ بَيْنَهُمَا فِي الْبَاتِنِ^(٢)، وَإِنْ ضَاقَ الْمَنْزِلُ عَلَيْهِمَا، فَالْأَوَّلَى خُرُوجُهُ، وَكَذَا مَعَ فَسْقِهِ، وَحَسُنَ أَنْ يُجْعَلَ بَيْنَهُمَا قَادِرَةٌ عَلَى الْحِيلُولَةِ: أَيِ أَنْ^(٣) تَكُونَ بَيْنَهُمَا امْرَأَةٌ ثَقَّةٌ تَحُولُ بَيْنَهُمَا. (وَلَوْ أَبَانَهَا، أَوْ مَاتَ عَنْهَا فِي سَفَرٍ، وَلَيْسَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَصْرِهَا مَسِيرَةٌ سَفَرٍ رَجَعَتْ، وَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَيْرَتْ مَعَهَا وَلِيٌّ أَوْ لَا، وَالْعَوْدُ أَحَدٌ، وَإِنْ كَانَتْ فِي مَصْرِ تَعْتَدُ ثَمَّةً، ثُمَّ تَخْرُجُ بِمَحْرَمٍ).

اعلم أن الإبانة، أو الموت في السفر:

١. إمَّا فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الْإِقَامَةِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَصْرِهَا الَّذِي خَرَجَتْ مِنْهُ مَسِيرَةً سَفَرٍ رَجَعَتْ، وَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَيْرَتْ بَيْنَ الرَّجُوعِ وَالتَّوَجُّهِ إِلَى الْمَقْصِدِ سَوَاءً كَانَ مَعَهَا وَلِيٌّ أَوْ لَا، لَكِنَّ الرَّجُوعَ أَوْلَى؛ لِيَكُونَ الْإِعْتِدَادُ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ السَّرْحَسِيُّ^(٤) رَحِمَهُ اللَّهُ: تَخْتَارُ أَقْرَبَهُمَا.

بقي هنا قسمان:

أحدهما: مَا إِذَا كَانَ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ أَقْلٌ مِنْ مَسِيرَةِ سَفَرٍ يَنْبَغِي أَنْ تُخَيَّرَ، وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ السَّرْحَسِيِّ^(٥) رَحِمَهُ اللَّهُ تَخْتَارُ أَقْرَبَهُمَا^(٦).
والثَّانِي: مَا إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مَصْرِهَا مَسِيرَةٌ سَفَرٍ، وَبَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمَقْصِدِ أَقْلٌ تَوَجَّهَ إِلَى الْمَقْصِدِ.

(١) أَيِ إِنْ خَافَتْ أَنْ يَنْهَدَمَ الْبَيْتُ الَّذِي تَسْكُنُهُ، أَوْ لَمْ تُحِذْ أَجْرَةَ لِهَذَا الْبَيْتِ.

(٢) لئَلَا يَخْتَلَى بِالْأَجْنِبِيَّةِ، وَمَقَادَهُ أَنْ الْخَائِلُ يَمْنَعُ الْحُلُولَةَ الْمَحْرَمَةَ. يَنْظُرُ: «الدر المختار» (٢: ٣٢١).

(٣) زِيَادَةُ مِنْ بَ وَ سَ وَ مَ.

(٤) فِي «الْبَسُوطِ» (٦: ٣٥).

(٥) لَكِنَّ السَّرْحَسِيَّ فِي «الْبَسُوطِ» (٦: ٣٥)، قَالَ: فَإِنْ كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَقْصِدِهَا دُونَ مَسِيرَةِ سَفَرٍ، وَبَيْنَهَا وَبَيْنَ مَنْزِلِهَا كَذَلِكَ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَرْجِعَ إِلَى مَنْزِلِهَا؛ لِأَنَّهَا كَمَا رَجَعَتْ تَصِيرُ مَقْبُوعَةً، وَإِذَا مَضَتْ تَكُونُ مَسَافِرَةً مَا لَمْ تَصِلْ إِلَى الْمَقْصِدِ.

باب ثبوت النسب والحضانة

افصل في ثبوت النسب

مَنْ قَالَ: إِنْ نَكَحْتُهَا فَهِيَ طَالِقٌ، فَنَكَحَهَا، فَوَلَدَتْ لِنَصْفِ سَنَةٍ مِنْذُ نِكَاحِهَا، لَزِمَتْ نِسْبَةُ وَمَهْرُهَا

٢. وَأَمَّا فِي مَوْضِعِ الْإِقَامَةِ، وَهُوَ مَا قَالَ: وَإِنْ كَانَتْ فِي مِصْرَ؛ أَيْ وَإِنْ كَانَتْ فِي مِصْرَ حِينَ أَبَانِهَا، أَوْ مَاتَ عَنْهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلِيٌّ تَعْتَدُّ ثَمَّةً وَلَا تَخْرُجُ مِنْهُ بِدُونِ الْوَلِيِّ، وَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلِيٌّ، فَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله؛ لِأَنَّ خُرُوجَ الْمُعْتَدَّةِ حَرَامٌ، وَإِنْ كَانَتْ الْمَسَافَةُ أَقْلُ مِنْ مَدَّةِ السَّفَرِ.

وَعِنْدَهُمَا يَحِلُّ الْخُرُوجُ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الْخُرُوجِ مَبَاحٌ دَفْعاً لَوْحِشَةِ الْفَرْقَةِ، وَإِنَّمَا الْحَرَمَةُ لِلْسَّفَرِ، وَقَدْ ارْتَفَعَتْ؛ لَوْجُودِ الْوَلِيِّ، ثُمَّ لَمَّا جَازَ الْخُرُوجُ عِنْدَهُمَا، فَالْيَ أَيْ الْجَانِبَيْنِ تَتَوَجَّهَ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي مَرَّ، ^(١) وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ ^(٢).

باب ثبوت النسب والحضانة ^(٢)

افصل في ثبوت النسب

(مَنْ قَالَ ^(٣): إِنْ نَكَحْتُهَا فَهِيَ طَالِقٌ، فَنَكَحَهَا، فَوَلَدَتْ لِنَصْفِ سَنَةٍ مِنْذُ نِكَاحِهَا، لَزِمَتْ نِسْبَةُ وَمَهْرُهَا) ^(٤)؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْعُدُ أَنَّ الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ وَكُلًّا بِالنِّكَاحِ، فَالْوَكِيلَانِ نَكَحَهَا فِي لَيْلَةٍ مُعَيَّنَةٍ، وَالزَّوْجُ وَطَنُهَا فِي تِلْكَ اللَّيْلَةِ، وَوَجَدَ الْعُلُوقَ،

(١) زيادة من ب وس و ف و م.

(٢) زيادة من ق.

(٣) هذه المسألة وجميع مسائل النسب مبنية على أصليين مؤسسين بالكتاب والسنة:

أحدهما: إن النسب مما يحتاج في إثباته فيحتمل له ولو بتأويل واستخراج صورة نادرة.

وثانيهما: إن الولد للفراش وللعاهر الحجر. ينظر: «عمدة الرعاية» (١: ١٥٥).

(٤) ويشترط أن تُلدَ لستة أشهر من وقت التزويج من غير نقصان ولا زيادة؛ لأنها إذا جاءت به لأقل منه تبين أن العلوق كان سابقاً على النكاح، وإن جاءت به لأكثر منه تبين أنها علفت بعده؛ لأننا حكمنا حين وقوع الطلاق بعدم وجوب العدة؛ لكونه قبل الدخول والخلو، ولم يتبين بطلان هذا الحكم بغير: «التبيين» (٣: ٣٩).

ويثبت نسب ولد معتدة الرجعي، وإن جاءت به لأكثر من ستين ما لم تقر بانقضاء العدة، ويثبت في الأقل، وراجع في الأكثر، ومبتوتة ولدت لأقل منهما، وإن ولدت لتمامهما لا إلا بدعوة، ويحمل على وطئها بشبهة في العدة

ولا يعلم أن النكاح مقدم على العلوق أو مؤخر، فلا بد من الحمل على المقارنة، على أن الزوج إن علم أنه لم تكن على هذه الصفة، وإن لم يطأها في تلك الليلة، فهو قادر على اللعان، فلمّا لم ينف الولد باللعان، فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الإمكان، فثبت نسبه منه، ولزمه المهر.

(ويثبت نسب ولد معتدة الرجعي، وإن جاءت به لأكثر من ستين ما لم تقر بانقضاء العدة)؛ لاحتمال العلوق في العدة، وجواز كون المرأة ممتدة الطهر، أمّا لو أقرت بانقضاء العدة، ثم ولدت، وبين الطلاق والولادة أكثر من ستين لا يثبت النسب على ما يأتي من أنه إنما يثبت إذا كان بين المدتين أقل من نصف سنة.

(ويثبت في الأقل، وراجع في الأكثر)؛ أي إذا كان بين الطلاق والولادة أقل من ستين بانث؛ لأن الحمل على أن الوطء المعلق كان في النكاح أولى من الحمل على كونه في العدة، على أن الرجعة أمر حادث فلا يثبت بالشك، أمّا إذا كان بين الطلاق والولادة أكثر من ستين، فلا بد من أن يحمل على أن الوطء في العدة، فثبت الرجعة.

(ومبتوتة^(١) ولدت لأقل منهما)؛ بالجر عطف على معتدة الرجعي؛ أي يثبت نسب ولد المطلقة طلاقاً بائناً لأقل من ستين من وقت البينونة إلى وقت الولادة؛ لإمكان العلوق في زمان النكاح.

(وإن ولدت لتمامهما لا^(٢) إلا بدعوة، ويحمل على وطئها بشبهة في العدة)؛ أي إن جاءت لتمام ستين من وقت الفرقة لم يثبت؛ لأن الحمل حادث بعد الطلاق، فلا يكون منه؛ لأن وطأها حرام، وقوله؛ إلا بدعوة؛ لأنه التزمه، وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة.

(١) المبتوتة: هي المرأة التي طلقها زوجها طليقة بائنة، أو اثنتين بائنتين، أو ثلاثاً، أو خالعهما.

(٢) وقيل: يثبت النسب إذا أتت به لتمام ستين، كما قرره قاضي خان في «الفتاوى» (١: ٥٥٨)؛ من أنه

يحمل العلوق في حال الطلاق؛ لأنه حينئذ قبل زوال الفراش. ينظر: «فتح القدير» (٤: ٣٥٢).

ومراقة أنت به لأقل من تسعة أشهر وتسعة لا

(ومراقة أنت به لأقل من تسعة أشهر وتسعة لا)^(١) : ومراقة : بالجر عطف على مبتوتة : أي يثبت نسب ولد مطلق مراقة أنت بولد لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق.

والمراد بالمراقة : صبيّة يجامع مثلها ، وهي في سنّ يمكن أن تكون بالغة : أي تسع سنين فصاعداً ، ولم يظهر فيها علامات البلوغ ؛ لأنّ ثلاثة أشهر مدّة عدتها ، وستة أشهر أقل مدّة الحمل ، وإنّما اعتبر أقل مدّة الحمل هاهنا ، وأكثر مدّة الحمل في البالغة ؛ لأنّ النسب يثبت بالشبهة لا بشبهة الشبهة.

ففي البالغة شبهة الوطء زمان النكاح أو العدة ثابتة^(٢) ، وحقيقة الوطء في أحد هذين الزمانين توجب ثبوت النسب ، فكذا شبهته.

وأما في المراقة شبهة الوطء في النكاح ، أو في العدة : وهي ثلاثة أشهر ثابتة ، ثم حقيقة الوطء في أحد هذين الزمانين لا يوجب ثبوت النسب ؛ لعدم تحقق البلوغ ، فالبلوغ وهو أمر حادث يضاف إلى أقرب الأوقات ، وهو ستة أشهر إلى وقت الولادة ، فهذا مذهب أبي حنيفة ومحمد عليهما السلام.

وأما عند أبي يوسف عليه السلام فإن كان الطلاق رجعيّاً ، فإلى سبعة وعشرين شهراً ؛ لأنّ ثلاثة أشهر مدّة عدتها وستتان أكثر مدّة الحمل ، وإن كان الطلاق بائناً ، فإلى ستين ؛ لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملاً ، ولم تقر بانقضاء العدة فصارت كالكبيرة.

(١) حاصل المسألة : أن المراقة إذا طلقت : فإمّا قبل الدخول أو بعده ، فإن كان قبله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبُه للتيقّن بقيامه قبل الطلاق به ، وإن جاءت به لأكثر منها لا يثبت ؛ لأنّ الفرض أن لا عدة عليها ، وإن طلّقها بعد الدخول ، فإن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر ، ثم ولدت لأقل ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت ، وإن لستة أشهر أو أكثر لا يثبت لانقضاء العدة بإقرارها ، وإن لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلاً ؛ فعندهما إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت والأفلا وعند أبي يوسف عليه السلام يثبت إلى ستين في البائن وإلى سبعة وعشرين شهراً في الرجعي ؛ لاحتمال وطئها في آخر عدتها الثلاثة الأشهر ، وإن ادّعت حبلاً فكذلك كبيرة في أنه لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لا مطلقاً. ينظر : «الفتح» (٤ : ٣٥٣) ، و«رد المحتار» (٢ : ٦٢٤).

(٢) في صورة وضعها حملها لأقل من ستين ، بل لأكثر منهما أيضاً في الطلاق الرجعي. ينظر : «عمدة الرعية» (٢ : ١٥٩).

ومعتدة أقرت بمضي العدة، وولدت لأقل من نصف سنة، ولنصفها لا، ومعتدة ظهر حملها، أو أقر الزوج به، أو ثبت ولادتها بحجة تامة، أو ولدت لأقل من سنتين، وأقر الورثة بها

(ومعتدة أقرت بمضي العدة، وولدت لأقل من نصف سنة، ولنصفها لا)؛ لأنها لما ولدت لأقل من نصف سنة من وقت الإقرار ظهر كذبها بيقين، فبطل إقرارها، أما إن ولدت لنصف سنة، أو أكثر من وقت الطلاق^(١) لا يثبت النسب؛ لأنها لا تعلم بطلان الإقرار، ثم لفظ المعتدة يشمل كل معتدة.

(ومعتدة ظهر حملها، أو أقر الزوج به، أو ثبت ولادتها بحجة تامة)؛ أي يثبت نسب ولد معتدة ادعت ولادته، وأنكرها الزوج، وقد كان قبل الولادة حمل ظاهر، أو أقر الزوج بالحمل، أو شهد على الولادة رجلان، أو رجل وامرأتان بأن دخلت المرأة بيتاً، ولم يكن معها أحد، ولا في البيت شيء، والرجلان على الباب حتى ولدت فعلموا الولادة برؤية الولد، أو سماع صوته، وإنما قيدت الحجة بالتامة حتى لا يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة خلافاً لهما.

فالحاصل أن عند أبي حنيفة عليه السلام إن كان للمعتدة حمل ظاهر، أو أقر الزوج به ثبتت الولادة بشهادة امرأة واحدة^(٢)، وإن لم يوجد الحمل الظاهر، أو إقرار الزوج به لا بد من الحجة التامة، وعندهما يثبت بشهادة امرأة واحدة.

(أو ولدت لأقل من سنتين، وأقر الورثة بها)^(٣)؛ أي إن كانت العدة عدّة وفاة، والمدة بين الموت والولادة أقل من سنتين.

(١) والصواب من وقت الإقرار، وهو ما ورد في بعض النسخ كما قال الإمام اللكنوي في «عمدة الرعاية» (١٦٠ : ٢)، ويؤيد ذلك عبارة «التنوير» (٢ : ٦٢٥)، و«الكنز» (ص ٦٤)، وغيرهما، ونسبه ملا خسرو

في «درر الحكام» (١ : ٤٠٧) ما وقع في «شرح الوقاية» إلى سهو من الناسخ.

(٢) في العبارة مساحمة ظاهرة نبه عليها اللكنوي في «عمدة الرعاية» (٢ : ١٦١) وتؤيده عبارة «درر البحار» (١ : ٤٠٧ - ٤٠٨)، و«الإيضاح» (ق ١/٦٢)، و«مجمع الأنهر» (١ : ٤٧٧)، وغيرها، وذلك لأن هاتين الصورتين يثبت نسب الولد عند الإمام بمجرد الحمل الظاهر، أو إقرار الزوج به بلا شهادة، بخلافهما إذ لا بد من شهادة القابلة، وإنما يحتاج لشهادة القابلة بالإجماع لتعيين الولد لاحتمال أن يكون الولد غير هذا المعين.

(٣) أي أن المتوفى عنها زوجها يثبت نسب ولدها إذا ولدته لأقل من سنتين من الموت بشرط ظهور حملها أو اعتراف الزوج أو تصديق الورثة، أو حجة تامة. ينظر «الشرنبلالية» (١ : ٤٠٨).

اعلم أن لفظ «الوقاية»: وقع بالواو في قوله: وأقر الورثة بها؛ والمذكور في «الهداية» يقتضي كلمة: أو، لأن عبارة «الهداية» هكذا: ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين^(١).

فقوله: ما بين الوفاة؛ ظرف للولد، فالولد بمعنى المولود: أي يثبت النسب من ولد في وقت بين الوفاة وبين سنتين، ثم أورد هذه المسألة: فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة بولادتها، ولم يشهد على الولادة أحد، فهو ابنه^(٢). فعلم من هاتين المسألتين أن أحدهما كافٍ، وهو كون المدة أقل من سنتين، أو إقرار الورثة.

فإن قيل: إن أقر الورثة، والمدة بين الوفاة والولادة ستان، أو أكثر لا اعتبار لإقرارهم، وإنما يعتبر إقرارهم إذا كانت المدة أقل من سنتين، فالواجب كلمة الواو. قلنا: أحدهما كافٍ: أي المدة أو الإقرار: أي إن كانت المدة أقل من سنتين يثبت النسب وإن لم يعلم المدة بين الوفاة والولادة، فحينئذ إن أقر الورثة يعتبر، فيجب أن تغير عبارة «الوقاية» إلى هذا النمط: أو ثبت ولادتها بحجة تامة، أو علم أنها ولدت بعد وفاته لأقل من سنتين، أو لم يعلم وأقر الورثة به^(٣).

فقوله: أو لم يعلم... إلى آخره، يشمل ما إذا لم يعلم أنه ولد قبل الموت، أو بعده وعلى تقدير العلم بأن ولادته بعد موت الزوج لا يعلم أنه ولد لأقل من سنتين، أو

(١) انتهى من «الهداية» (٢: ٣٤).

(٢) انتهى من «الهداية» (٢: ٣٥).

(٣) العلماء المحققون الذين تبعوا «الوقاية» وشرحها، مثل: «الدرر» (١: ٤٠٨)، و«الإيضاح» (ق ٩٢/١)، و«مجمع الأنهر» (١: ٤٧٧) لم يوافقوا الشارح فيما ذهب إليه، بل مشوا على عبارة «الوقاية». وقد فصل هذا المقام خير تفصيل اللكنوي في «عمدة الرعاية» (١: ١٦٣) ورد على الشارح، وخلص إلى القول: وبالجمله لا بد في ثبوت نسب ولد المعتدات من كون الولادة في المدة المقررة لكل منها مع ثبوت الولادة بأحدى الطرق المذكورة، والحاصل أن إقرار الورثة إنما قام مقام الشهادة في إثبات نفس الولادة لا في ثبوت النسب مطلقاً، فكما أن الشهادة على نفس الولادة لا تغيد إذا كانت خارج المدة كذلك إقرار الورثة لا يعتبر إلا إذا كانت المدة قابلة لثبوت النسب، وأن المراد بإقرار الورثة إقرارهم بنفس ولادتها مع قطع النظر عن الإقرار بثبوت نسب الولد مع الزوج إذا عرفت هذا كله فاعرف أن الصواب هو إيراد كلمة الواو في قوله: وأقر الورثة بها. اهـ.

ومنكوحه أنت به لستة أشهر أقر به الزوج، أو سكت، فإن جحد ولادتها يثبت بشهادة امرأة، فيلاعن إن نفاء، ولأقل منها لا يثبت، فإن ولدت وأدعت نكاحها منذ ستة أشهر، والزوج لأقل صدقت بلا يمين عند أبي حنيفة رحمته الله، ولو علّق طلاقها بولادتها فشهدت امرأة بها لم يقع، وإن أقر بالحبل، ثم علّق يقع بلا شهادة

لستين، أو أكثر، لكن أقر الورثة أن هذا الولد ولد مورثهم، فإذا أقرّوا بذلك، فالذي أقر إن لم يكن ممن تصحّ شهادته؛ لعدم نصاب الشهادة، أو عدم العدالة، يعتبر إقراره في الإرث في حقه فقط، وإن صحّ شهادته يثبت نسبه مطلقاً: أي في حق المقر، وفي حق غيره.

(ومنكوحه أنت به لستة أشهر): أي من وقت النكاح، (أقر به الزوج، أو سكت)؛ فإن ثبوت نسب ولد المنكوحه لا يحتاج إلى الإقرار^(١).
(فإن جحد ولادتها يثبت بشهادة امرأة، فيلاعن إن نفاء): أي بعدما ثبت ولادتها بشهادة امرأة نفى الولد: أي قال: ليس مني.
(ولأقل منها لا يثبت)، عطف على قوله: لستة أشهر، فإنه إذا كان بين النكاح والولادة أقل من ستة أشهر لا يكون منه.

(فإن ولدت وأدعت نكاحها منذ ستة أشهر، والزوج لأقل صدقت بلا يمين عند أبي حنيفة رحمته الله)؛ لأن الظاهر شاهد لها بأن الولد من النكاح لا من السفاح.
(ولو علّق طلاقها بولادتها فشهدت امرأة بها لم يقع)^(٢)، هذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وعندهما يقع؛ لأن الولادة تثبت بشهادة امرأة، ثم يثبت الطلاق بالتبعية.
وله: إن الولادة تثبت^(٣) بشهادة امرأة^(٤) ضرورة، فيقدر بقدرها، فلا يتعدى إلى الطلاق، وهو ليس تبعاً لها؛ لأن كلا منهما يوجد بدون الآخر.
(وإن أقر بالحبل، ثم علّق): أي علّق طلاقها بولادتها، فقالت: قد ولدت، وكذبها الزوج، (يقع بلا شهادة): هذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وعندهما تشترط شهادة القابلة؛ لأنها تدعي حثه^(٥)، فلا بد من الحجّة.

(١) لأن الفراش قائم، والمدة تامة. ينظر: «درر الحكام» (١: ٤٠٨).

(٢) بشرط عدم إقرار الزوج بالحمل، وعدم كون الحبل ظاهراً. ينظر: «البنية» (٤: ٨٢٩).

(٣) زيادة من أوس و ص و ف.

(٤) وهو وقوع الطلاق، والزوج ينكر ذلك، وحث في يمينه إذا لم يف به. ينظر: «المصباح» (ص ١٥٣).

وأكثرُ مدَّة الحمل ستان، وأقلُّها ستَّة أشهر. ومَن نكحَ أمةً فطلَّقها فشرَّها، فإن ولدت لأقلَّ من ستَّة أشهرٍ منذَ شراها لزمه وإلا فلا، ومَن قال: لأمتي إن كان في بطنك ولد، فهو مِنِّي، فشهدت على الولادة امرأةً فهي أُمٌ ولده، أو لطفل، هو ابني ومات، فقالت أُمُ الطفل: هو ابْنُ وأنا زوجتُه يرثانه

وله: أن إقراره بالحبل إقرار بما يقضي إليه، وهو الولادة.

(وأكثرُ مدَّة الحمل ستان، وأقلُّها ستَّة أشهر.

ومَن نكحَ أمةً فطلَّقها^(١) فشرَّها، فإن ولدت لأقلَّ من ستَّة أشهرٍ منذَ شراها لزمه وإلا فلا؛ لأنَّه إذا كان بين الشراء والولادة أقلُّ من ستَّة أشهرٍ كان العلوق سابقاً على الشراء، فهو ولدٌ منكوحته، فيلزمُ بلا دعوى.

أمَّا إذا كانت المدَّة ستَّة أشهرٍ أو أكثر، فالولدُ ولدٌ مملوكته؛ لأنَّ العلوق أمرٌ حادث، فيضافُ إلى أقرب الأوقات، فلا يلزمُ بلا دعوة^(٢).

(ومَن قال: لأمتي إن كان في بطنك ولد، فهو مِنِّي، فشهدت على الولادة امرأةً فهي أُمٌ ولده^(٣)، أو لطفل)؛ عطفٌ على قوله لأمتي: (هو ابني ومات، فقالت أُمُ الطفل: هو ابْنُ وأنا زوجتُه يرثانه): أي يرثُ الطفلُ وأُمُّه من المُقرِّ؛ لأنَّ المسألة فيما

(١) أي بعد الدخول طليقة؛ لأنه لو كان قبل الدخول فإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق لا يلزمه، وإن كان لأقل منه لزمه إذا ولدته لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت العقد، وإن كان لأقل لا يلزمه. وأيضاً تكون واحدة بائنة أو رجعية؛ لأنه إذا كان تثبت النسب إلى ستين من وقت الطلاق للحرمة الغليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله؛ لأنها لا تحل بالشراء. ينظر: «مجمع الأنهر» (١): ٤٧٨ - ٤٧٩.

(٢) هذا بناءً على أنَّ الفراش أربعة: أقوى، قوي، ووسط، وضعيف، فالأقوى: كفراش معتد الباث، فإن الولد لا ينتفي فيه أصلاً، لأن نفيه متوقف على اللعان وشرط اللعان الزوجية، والقوي: فراش المنكوحه حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفي إلا باللعان، والوسط: فراش أم الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي من غير لعان، والضعيف: فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه إلا بالدعوة. ينظر: «البدائع» (٦: ٢٤٣)، و«رد المحتار» (٣: ٥٤٩).

(٣) لأن النسب يثبت بالدعوة والولادة تثبت بشهادة القابلة، هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لثبوتنا بوجوده في ذلك الوقت، فإن ولدت لأكثر منه لا يلزمه لاحتمال العلوق معه ينظر: «شرح ابن ملك» (ق/١١٨).

وإن قال وارثة: أنت أم ولدٍ وجهلت حرثها لا ترث.

افصل في الحضانة

والحضانة للأم بلا جبرها طَلَّقَتْ أو لا، ثُمَّ أُمُّهَا وَإِنْ عَلَتْ، ثُمَّ أُمُّ أَبِيهِ، ثُمَّ أُخْتُهُ لَأَبٍ وَأُمٍّ، ثُمَّ لَأُمٍّ، ثُمَّ لِأَبٍ، ثُمَّ خَالَتُهُ كَذَلِكَ، ثُمَّ عَمَّتُهُ كَذَلِكَ، بِشَرْطِ حُرَيْتِهِنَّ، فَلَا حَقَّ لِأُمِّهِ، وَأُمٌّ وَلَدٍ فِيهِ، وَالذَّمِيَّةُ كَالْمُسْلِمَةِ حَتَّى يَعْقَلَ دِينًا

إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ مَعْرُوفَةً بِالْحُرِّيَّةِ، وَبِكُونِهَا أُمُّ الطِّفْلِ، فَلَا سَبِيلَ عَلَيْهِ إِلَى بِنُوَةِ الطِّفْلِ لَهُ إِلَّا بِنِكَاحِ أُمِّهِ نِكَاحًا صَحِيحًا؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَوْضُوعُ لِلْحَلِّ^(١).

وإن قال وارثة: أنت أم ولدٍ وجهلت حرثها لا ترث: أي أم الطفل، ويرث الطفل^(٢).

افصل في الحضانة

(والحضانة للأم^(٣) بلا جبرها طَلَّقَتْ أو لا، ثُمَّ أُمُّهَا وَإِنْ عَلَتْ، ثُمَّ أُمُّ أَبِيهِ، ثُمَّ أُخْتُهُ لَأَبٍ وَأُمٍّ، ثُمَّ لَأُمٍّ، ثُمَّ لِأَبٍ، ثُمَّ خَالَتُهُ كَذَلِكَ): أي لأبٍ وأُمٍّ، ثُمَّ لَأُمٍّ، ثُمَّ لِأَبٍ، فَإِنْ خَالَتْ أُخْتُ الْأُمِّ، فَأُخْتُهَا لِأَبٍ وَأُمٍّ أَوَّلَى، ثُمَّ أُخْتُهَا لَأُمٍّ، ثُمَّ لِأَبٍ، وَكَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي هَذَا الْبَابِ الْأُمُّ، فَالْقَرَابَةُ مِنْ جِهَتِهَا قَدِّمَتْ عَلَى الْقَرَابَةِ مِنْ طَرَفِ الْأَبِ، (ثُمَّ عَمَّتُهُ كَذَلِكَ): أي لِأَبٍ وَأُمٍّ، ثُمَّ لَأُمٍّ، ثُمَّ لِأَبٍ، فَإِنَّ الْعَمَّةَ أُخْتُ الْأَبِ، فَتَقَدَّمُ أُخْتُ الْأَبِ وَأُمٍّ، ثُمَّ لَأُمٍّ، ثُمَّ لِأَبٍ.

(بشروط حریتهن، فلا حقَّ لأمِّه، وأمُّ ولدٍ فيه): أي في الولد.

(والذميَّة كالمسلمة حَتَّى يَعْقَلَ دِينًا): أي في ولدٍ المسلم، وفي «الهداية»: ما لم

(١) أي النكاح الصحيح، وهو المعتبر الموضوع للنسب فعند إقراره بالبنوة يحمل عليه ما لم يظهر خلاف ذلك، كما يحمل عليه عند نفيه عن ابنه المعروف حتى وجب على التافي الحد واللعان، ولم يعتبر احتمال إلحاقه بغيره بالنكاح الفاسد أو الوطء بالشبهة. وتماه في «التبيين» (٣: ٤٧).

(٢) لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في رفع الرق لا في استحقاق الإرث. ينظر: «درر الحكام» (١: ٤١٠).

(٣) ثبتت الحضانة للأم النسبية ولو كتابية أو مجوسية أو بعد الفرقة إلا أن تكون مرتدة حتى نسلم؛ لأنها نجس أو فاجرة فجوراً بضيق الولد به كزنا وغناه وسرقه، أو غير مأمونة بأن تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعاً، وتماه في «الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة» لابن عابدين (١: ٢٤٢).

ونكاح غير مَحْرَمٍ منه يسقط حَقُّها، وَمَحْرَمٌ لَا كَأَمَّ نَكَحَتْ عَمَّهُ، وَجَدَّوْ جَدَّهُ، وَيَعُوذُ الْحَقُّ بِزَوَالِ نِكَاحٍ سَقَطَ بِهِ. ثُمَّ الْعَصَبَاتُ عَلَى تَرْتِيهِمْ، لَكِنْ لَا تَدْفَعُ صَبِيَّةٌ إِلَى عَصَبَةٍ غَيْرِ مَحْرَمٍ كَمَوْلَى

يَعْقُلُ دِينًا، أَوْ يُخَافُ أَنْ يَأْلَفَ الْكُفْرَ^(١).

وقوله: أَوْ يُخَافُ يَجِبُ^(٢) أَنْ يَكُونَ^(٣) بِالْجُزْمِ، وَهُوَ يَخْفَ؛ لِأَنَّهُ عَطْفٌ عَلَى الْمَجْزُومِ بَلَمْ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى مَا لَمْ يَخَفْ^(٤)، وَهَذَا الْقَيْدُ لَمْ يَذْكُرْ فِي «الْوَقَايَةِ»، وَيَجِبُ رِعَايَتُهُ^(٥)؛ لِأَنَّ تَأْلَفَ الْكُفْرِ قَدْ يَكُونُ قَبْلَ تَعَقُّلِ الدِّينِ، فَإِذَا خِيفَ أَنَّهُ تَأْلَفَ الْكُفْرَ يُنْزَعُ عَنْهَا. (وَنِكَاحُ غَيْرِ مَحْرَمٍ مِنْهُ يَسْقُطُ حَقُّهَا): أَيِ فِي الْحَضَانَةِ^(٦).

(وَيَمْحَرَمُ لَا كَأَمَّ نَكَحَتْ عَمَّهُ، وَجَدَّوْ جَدَّهُ): أَيِ جَدَّوْ نَكَحَتْ جَدَّهُ، فَهَذَا^(٧) مِنْ بَابِ الْعَطْفِ عَلَى مَعْمُولِي^(٨) عَامِلِينَ مُخْتَلِفِينَ^(٩)، وَالْمَجْرُورُ مُقَدَّمٌ.

(وَيَعُوذُ الْحَقُّ بِزَوَالِ نِكَاحٍ سَقَطَ بِهِ.

ثُمَّ الْعَصَبَاتُ عَلَى تَرْتِيهِمْ^(١٠) لَكِنْ لَا تَدْفَعُ صَبِيَّةٌ إِلَى عَصَبَةٍ غَيْرِ مَحْرَمٍ كَمَوْلَى

(١) انتهى من «الهداية» (٢: ٣٨).

(٢) زيادة من ب و س و م.

(٣) يجوز في قوله: أَنْ يَخَافَ؛ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

الأول: النَّصْبُ عَلَى تَقْدِيرٍ: إِلَى أَنْ يَخَافَ، كَمَا فِي قَوْلِهِ: لِأَلْزَمَكَ أَوْ تَعْطِينِي حَقِّي: أَيِ إِلَى أَنْ تَعْطِينِي.

الثانية: الرِّفْعُ عَلَى أَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ: أَيِ هُوَ يَخَافُ.

الثالثة: الْجُزْمُ عَطْفًا عَلَى قَوْلِهِ: مَا لَمْ يَعْقُلْ، فَيَقْرَأُ أَوْ يَخْفَ. ينظر: «البنية» (٤: ٨٤٦).

(٤) وَقَدْ رَاعَى هَذَا الْقَيْدَ صَاحِبُ «غُرَرِ الْأَحْكَامِ» (١: ٤١١)، وَ«الْإِيضَاحُ» (ق ٦٣/ب)، وَ«الْمُلْتَقَى» (ص ٧٣)، وَغَيْرَهَا.

(٥) لِحَصُولِ الضَّرَرِ لِلصَّغِيرِ، فَإِنْ زَوَّجَ الْأُمُّ يَنْظُرُ إِلَيْهِ شَرْرًا، وَيَنْفَقُ عَلَيْهِ نَزْرًا، وَيَنْتَرِمُ بِمَكَانِهِ ضَرَرًا، فَلَا نَظَرَ فِي الدَّفْعِ إِلَيْهَا خَطَرًا. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ١٨٤).

(٦) أَيِ إِنْ الْمَصْنُوفُ عَطْفٌ قَوْلُهُ: جَدَّةٌ؛ عَلَى قَوْلِهِ: أُمٌّ؛ وَقَوْلُهُ: جَدَّةٌ؛ عَلَى قَوْلِهِ: عَمَّةٌ، فَعَطْفُ الْكَلِمَتَيْنِ عَلَى مَعْمُولِي عَامِلِينَ مُخْتَلِفِينَ أَحَدُهُمَا الْجَارُ، وَثَانِيَهُمَا: النَّاصِبُ، وَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ النِّحَاةِ إِذَا كَانَ الْمَجْرُورُ مُقَدَّمًا. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ١٦٨).

(٧) زيادة من أ و ب و س.

(٨) زيادة من ف.

(٩) أَيِ إِنْ لَمْ تَوْجَدْ امْرَأَةً مُسْتَحَقَّةً لِلْحَضَانَةِ فَالْحَقُّ لِلْعَصَبَاتِ عَلَى تَرْتِيهِمْ فِي الْأَرْثِ فَيَقْدَمُ الْأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ ثُمَّ الْأَخُ لِأَبٍ وَأُمٌّ ثُمَّ لِأَبٍ ثُمَّ بَنُوهُ كَذَلِكَ ثُمَّ الْعَمُّ ثُمَّ بَنُوهُ. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٨٢).

العنافة، وابن العم، ولا فاسقٍ ماجن، ولا يُخَيَّرُ طفل، والأمُّ والجدةُ أحقُّ بالابن حتى يأكل، ويشرب، ويلبس، ويستنجي وحده، وبالبنتِ حتى تمحيض، وعن محمد ﷺ حتى تُشْتَهَى، وهو المعتمدُ لفساد

العنافة، وابن العم، ولا فاسقٍ ماجن^(١) : أي الذي يُعَلِّمُ النَّاسَ الحِيلَ.
(ولا يُخَيَّرُ طفل)^(٢) : خلافاً للشَّافِعِيِّ ﷺ^(٣).

(والأمُّ والجدةُ أحقُّ بالابن حتى يأكل، ويشرب، ويلبس، ويستنجي وحده) :
فَدَّرَهُ^(٤) الْخَصَّافُ^(٥) ﷺ بِسَبْعِ سَنِينَ، ^(٦) وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى^(٧).
(وبالبنتِ حتى تمحيض، وعن محمد ﷺ حتى تُشْتَهَى^(٨))، وهو المعتمدُ^(٩) لفساد

(١) وفي نقيده عدم الدفع إلى أحدهما بوجود محرم من ذوي الأرحام إشارة إلى أنه يدفع إلى أحدهما إن لم يوجد محرم منهم إذ لا اعتبار لمجرد احتمال الفساد حينئذ، والظاهر من التعليل أن محل عدم الدفع من كانت مشتهة، وأما لو كانت غير مشتهة كبت سنة مثلاً فلا منع مطلقاً؛ لأنه لا فتنة. ينظر: «كشف الرموز» (١ : ٢٩٧).

(٢) أي بعد انتهاء الحد في الحضنة. ينظر: «رمز الحقائق» (١ : ٢٢٩).

(٣) التخيير يكون للمميز عند الشافعي ﷺ. ينظر: «المنهاج» (٣ : ٤٥٦)، و«أسنى المطالب» (٣ : ٤٥٠)، و«الغرر البهية» (٤ : ٤٠٦)، وغيرها.

(٤) في م : قدر.

(٥) وهو أحمد بن عمرو وقيل : عمر بن مَهْبِر الشَّيْبَانِي الْخَصَّافُ، أبو بكر، والخصَّافُ بفتح الخاء المعجمة، وتشديد الصاد المهملة آخره فاء، يقال لمن يختصف النمل، وإنما اشتهر بالخصَّاف لأنه كان يأكل من صنته. قال الحلواني : الخصَّاف رجل كبير في العلم، وهو ممن يصحُّ الاقتداء به، من مؤلفاته: «الروضاع»، و«أدب القاضي»، و«الثِّقَات»، و«القصر وأحكامه»، (ت ٢٦١هـ)، وقد قارب الثمانين. ينظر: «الجواهر» (١ : ٢٣٠ - ٢٣٢). «طبقات ابن الخناني» (ص ٤٤ - ٤٥). «الفوائد» (ص ٥٦).

(٦) وقدره أبو بكر الرازي بسبع سنين، والفتوى على قول الخصاف كما في «غرر الأحكام» (١ : ٤١١)، و«شرح ملا مسكين» (١٣١)، و«الدرر المتقى» (١ : ٤٨٢)، وغيرها.

(٧) زيادة من م.

(٨) لأنها بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء من الخبز الطبخ والغزل وغسل الثياب، والمرأة على ذلك أقدر، وبعدها تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقدر. ينظر: «درر الحكام» (١ : ٤١٢).

(٩) قال الطرابلسي في «المواهب» (ق ١٥٦ / ١) : وقال محمد : حتى تشهني كغيرهما، وبه يفتى. اهـ.

الزَّمان، وغيرهما حتى تشتهى، ولا تسافرُ مطلقاً بولدها إلا إلى وطنها الذي نكحها فيه، وهذا للام فقط.

باب النفقة

ونجبُ هي والكسوة والسكنى على الزوج، ولو لا يقدرُ على الوطء للعرس، مسلمةٌ كانت أو كافرة، كبيرةٌ أو صغيرةٌ نوطاً بقدرِ حالهما، ففي الموسرين نفقةُ اليسار، وفي المعسرين نفقةُ العسار، وفي الموسر والمعسرة وعكسه بين الحالين

الزَّمان، وغيرهما حتى تشتهى: أي غيرُ الأمِّ والجدَّة أحقُّ بالبيت حتى تشتهى. (ولا تسافرُ مطلقاً بولدها إلا إلى وطنها الذي نكحها فيه^(١))، وهذا للام فقط: أي السَّفرُ المذكور.

باب النفقة

(ونجبُ هي والكسوة والسكنى على الزوج، ولو لا يقدرُ على الوطء للعرس، مسلمةٌ كانت أو كافرة، كبيرةٌ أو صغيرةٌ نوطاً^(٢))، حتَّى لو لم توطأ كان المانعُ من جهتها، فلم يوجد تسليمُ البضع، فلا تجبُ عليه النفقة، بخلاف ما إذا كان الزوج صغيراً لا يقدرُ على الوطء، فإن المانعُ من جهته. (بقدرِ حالهما، ففي الموسرين نفقةُ اليسار، وفي المعسرين نفقةُ العسار، وفي الموسر والمعسرة وعكسه بين الحالين^(٣)).

(١) لما فيه من الإضرار بالأب؛ لعجزه عن مطالعة ولده، ويشترط فيما تسافر إليه أن يكون وطنها وأنه يكون تزوجها فيه، وهذا كله إذا كان بين المصيرين تفاوت، أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس. ونمامه في «اللباب» (٣: ١٠٤).

(٢) الظاهر أن من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة، وإن لم تنفق من خصوص زوج مثلاً فتجب لها النفقة، ومن لا فلا تجب لها نفقة. ونمامه في «الفتح» (٤: ٣٨٥)، و«خزانة الفقه» (ص ١٦٠).

(٣) ويخاطب بقدر وسعه، والباقي دين إلى الميسرة، ولو موسراً وهي فقيرة لا يلزمه أن يطعمها عما يأكل بل يندب. ينظر: «الدر المختار» (٢: ٦٤٦).

لا معسراً في الأصح، ولا يفرق بينهما لعجزه عنها، وتؤمر بالاستدانة عليه، ومن فرضت لعساره فأيسر، ثم نفقة يساره إن طلبت.

عند أبي يوسف رحمته الله فعليه نفقة خادمين أحدهما لمصالح الدأخل، والآخر لمصالح خارج البيت، وهما يقولان: أن رحمته الله الواحد يقوم بهما، (لا معسراً في الأصح) رحمته الله احتراز عن قول محمد رحمته الله، فإن عنده يجب على المعسر نفقة الخادم.

(ولا يفرق بينهما لعجزه عنها، وتؤمر بالاستدانة عليه): أي تؤمر بأن تستقرض عليه، وتصرف إلى نفقتها حتى إن غني الزوج يؤدي فرضها، وهذا عندنا. وأما عند الشافعي رحمته الله، فالقاضي يفرق بينهما؛ لأنه لما عجز عن الإسك بالمعروف ينوب القاضي منابة في التسريح بالإحسان.

وأصحابنا رحمته الله لما شاهدوا الضرورة في التفريق؛ لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة، والظاهر أنها لا تجد من يقرضها، وغنى الزوج في المال أمر متوهم استحسنا أن ينصب القاضي نائباً شافعي المذهب يفرق بينهما رحمته الله.
(ومن فرضت لعساره فأيسر، ثم نفقة يساره إن طلبت.)

(١) قال العيني في «البنية» (٤: ٨٦٩): هذا الذي ذكره عن أبي يوسف غير المشهور عنه؛ لأن المشهور من قوله كقولهما، وبه صرح الطحاوي في «مختصره» (ص ٢٢٣).

(٢) زيادة من ب و م.

(٣) وهو رواية الحسن عن الإمام رحمته الله، وهو الأصح كما في «مجمع الأنهر» (١: ٤٨٨)، و«الدر المنقي» (١: ٤٨٨)، و«الدر المختار» (٢: ٦٥٥).

(٤) قال صاحب «المنهاج» (٣: ٤٤٢): أعسر بها فإن صبرت صارت ديناً عليه، وإلا فلها الفسخ على الأظهر، والأصح أن لا فسخ بمنع موسر حضر أو غاب، ولو حضر وغاب ماله، فإن كان بمسافة انقصر فلها الفسخ وإلا فلا، ويؤمر بالإحضار. وينظر: «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٤: ٨٢)، و«فتوح الوهاب» (٤: ٢٢٤)، وغيرها.

(٥) إذا ثبت العجز بشهادة الشهود، فإن كان القاضي شافعيًا وفرق بينهما نفقة قضاؤه، وإن كان حنفيًا لا ينبغي له أن يقضي بخلاف مذهبه إلا أن يكون مجتهداً ووقع اجتهاده على ذلك، فإن قضى مخالفاً لرأيه من غير اجتهاد فعن أبي حنيفة في جواز قضائه روايتان، ولكن بأمر شافعي المذهب ليقضي بهما في هذه الحادثة إذا لم يرتش الأمر والمأمور. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ١٧٤).

(٦) أي إذا قضى لها بنفقة الإعسار فأيسر...؛ لأنها تختلف باختلاف الأحوال، وكذلك لو قضى نفقة البسار ثم أعسر، فرض لها نفقة المعسر. ينظر: «الاختيار» (٣: ٢٣٧).

وتسقط نفقة مدّة مضت إلا إذا سبق فرض قاض، أو رضيا بشيء، فتجب لما مضى ما دام حيين، فإن مات أحدهما أو طلقها قبل قبض سقط المفروض إلا إذا استدان بامر قاض، ولا تستردّ معجّلة مدّة مات أحدهما قبلها، ونفقة عرس القن عليه بباغ فيها مرة بعد أخرى، وفي دين غيرها بباغ مرة، ويجب سكناها في بيت ليس فيه أحد من أهله، ولو ولد له من غيرها

وتسقط نفقة مدّة مضت إلا إذا سبق فرض قاض، أو رضيا بشيء، فتجب لما مضى ما دام حيين، فإن مات أحدهما أو طلقها قبل قبض سقط المفروض إلا إذا استدان بامر قاض^(١) : هذا عندنا، وأمّا عند الشافعي^(٢)، فلا تسقط بالموت، بل نصير ديناً عليه.

(ولا تستردّ معجّلة مدّة مات أحدهما قبلها): أي إذا عجلت نفقة مدّة، كسنة أشهر مثلاً، فمات أحدهما قبلها، كما إذا مات عند مضي شهر لا تستردّ منها شيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأنها صلة اتصل بها القبض، فبالموت سقط الرجوع كما في الهبة، وعند محمد والشافعي^(٣) رحمهما الله تحتسب نفقة ما مضى، وهو شهر للزوجة، ونفقة خمسة أشهر تستردّ؛ لأنها عوض عما تستحقّ عليه بالاحتباس.

(ونفقة عرس القن عليه بباغ فيها مرة بعد أخرى، وفي دين غيرها بباغ مرة)، صورته: عبد تزوّج امرأة بإذن المولى، ففرض القاضي النفقة عليه، فاجتمع عليه ألف درهم، فبيع بخمسمئة، وهي قيمته، والمشتري عالم أن عليه دين النفقة بباغ مرة أخرى بخلاف ما إذا كان هذا الألف عليه بسبب آخر، فبيع بخمسمئة لا بباغ مرة أخرى. ويجب سكناها في بيت^(٤) ليس فيه أحد من أهله^(٥)، ولو ولد له من غيرها

(١) أي يسقط المفروض بموت أحدهما وبطلاقها؛ لأنه صلة، والصلة تسقط بالموت، وهذا لم يأمرها القاضي بالاستدانة على الزوج، فاستدان ثم مات أحدهما لا يبطل بذلك. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق/١٢٠).

(٢) ينظر: «معني المحتاج» (٣: ٤٤١)، وغيره.

(٣) ينظر: «معني المحتاج» (٣: ٤٣٥)، و«تحفة المحتاج» (٨: ٣٢١)، و«نهاية المحتاج» (٧: ٢٠١)، وغيرها.

(٤) ترد ألفاظ البيت والمنزل والدار كثيراً في عبارات الفقهاء، فالمراد بالبيت: اسم لمسقف واحد له دهليز. وهو ما بين الباب والدار. والمنزل: اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ، والدار: اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف. ينظر: «المبسوط» (١٤: ١٣٧)، و«اللسان» (٢: ١٤٤٣).

(٥) إذ أنها لا تقدر على الانبساط التام والمعاشرة والاستمتاع مع الزوج كلما أرادت ولا تأمن على متاعها وغيره. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ١٧٦).

برضاها، وبيت مفرد من دار له غلق كفاها. وله منع والديها وولدها من غيره من الدخول عليها، لا من النظر إليها، وكلامها متى شاءوا، وقيل: لا تمنع من الخروج إلى الوالدين، ولا من دخولهما عليها كل جمعة، وفي مخرم غيرهما كل سنة، هو الصحيح، ويفرض نفقة عرس الغائب، وطفله، وأبويه في مال له من جنس حقهم فقط، عند

برضاها، وبيت مفرد من دار له غلق كفاها^(١).

وله منع والديها وولدها من غيره من الدخول عليها؛ بناءً على أن البيت ملكه، فله المنع من الدخول فيه، (لا من النظر إليها، وكلامها متى شاءوا، وقيل: لا تمنع من الخروج إلى الوالدين^(٢))، ولا من دخولهما عليها كل جمعة، وفي مخرم غيرهما كل سنة، هو الصحيح، وعليه الفتوى^(٣).

(ويفرض نفقة عرس الغائب، وطفله، وأبويه في مال^(٤) له من جنس حقهم فقط) كالدرهم، والدنانير، أو الطعام، أو الكسوة التي تلبسها هي، بخلاف ما إذا لم يكن من جنس حقهم، كالعروض التي يحتاج إلى بيعها؛ لتصرف إلى نفقتها، (عند

(١) وزاد في «الاختيار» (٣: ٢٣٩)، و«رمز الحقائق» (١: ٢٣٢)، و«الدر المختار» (٢: ٦٦٣): أن يكون له مرافق: أي لزوم كنف ومطبخ، وفي «البحر» (٤: ٢١١) ينبغي الافتاء به. وفي «رد المحتار» (٢: ٦٦٣) تفصيل في المسألة يحسن الإطلاع عليه.

(٢) وعن أبي يوسف تقييد خروجها بأن لا يقدر على إتيانها، وهو حسن وقد اختار بعض المشايخ منها من الخروج إليهما، والحق الأخذ بقول أبي يوسف إذا كان الأبوان بالصفة المذكورة، وإن لم يكونا كذلك ينبغي أن يأذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف، أما في كل جمعة فهو بعيد فإن كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصاً الشابة والزوج من ذوي البيئات، وحيث أبحا لها الخروج فإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة. «الفتح» (٤: ٣٩٨).

(٣) ينظر: «شرح ملا مسكين» (ص ١٣٣)، و«الدر المنقي» (١: ٤٩٣)، وفي «الاختيار» (٣: ٢٣٩): وهو المختار.

(٤) لا يقضى بنفقة في مال الغائب إلا لهؤلاء المذكورين؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز، فنفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء، فلماذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء بدون رضاه، فيكون القضاء في حقهم إعانة وفتوى من القاضي بخلاف غيرهم من الأقارب؛ لأن نفقتهم غير واجبة قبل القضاء؛ ولهذا ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيئاً قبل القضاء إذا ظفروا به فكان القضاء في حقهم ابتداءً إيجاب فلا يجوز ذلك على الغائب. ينظر: «درر الحكام» (١: ٤١٧).

مودع، أو مديون، أو مضارب إن أقر به، وبالنكاح، أو علم القاضي ذلك وجحد هؤلاء. ويكفلها، ويحلفها على أنه لم يعطيها الثقة لا بإقامة بينة على النكاح، ولا إن لم يخلف مالا فأقامت بينة عليه ليفرض القاضي عليه، ويأمرها بالاستدانة عليه، ولا يقضي به وقال زفر: ﴿ يقضي بالثقة لا بالنكاح، ولمطلق الرجعي والبائن والفرقة بلا معصية: كخيار العتق، والبلوغ، والتفريق لعدم الكفاءة: الثقة والسكنى

مودع، أو مديون، أو مضارب إن أقر به^(١)، وبالنكاح، أو علم القاضي ذلك^(٢) وجحد هؤلاء^(٣).

ويكفلها: أي يأخذ منهما كفيلاً، (ويحلفها على أنه لم يعطيها الثقة)، الضمير في أنه ضمير الغائب، (لا بإقامة بينة على النكاح)^(٤): أي لا يفرض القاضي الثقة بإقامة البينة على النكاح، (ولا إن لم يخلف مالا فأقامت بينة عليه): أي على النكاح، (ليفرض القاضي^(٥) عليه، ويأمرها بالاستدانة عليه، ولا يقضي به): أي بالنكاح؛ لأنه قضاء على الغائب، (وقال زفر: ﴿ يقضي بالثقة لا بالنكاح، وعمل القضاء اليوم على هذا للحاجة^(٦)).

(ولمطلق الرجعي والبائن والفرقة بلا معصية: كخيار العتق، والبلوغ، والتفريق لعدم الكفاءة: الثقة والسكنى): أي ما دامت في العدة، وفي المعتدة البائن خلاف

(١) أي كل من المودع أو المضارب أو المديون بمال الودعة أو المضاربة أو الدين، وبالزوجة في ثقة العرس، وبالنسب بالوفاي. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٩٤).

(٢) أي الودعة والمضاربة والدين والنكاح والنسب؛ لأن علمه حجة يجوز القضاء به في محل ولايته، فإن علم ببعض من الثلاثة شرط إقرارهم بما لم يعلم وهو الصحيح. ينظر: «الدر المنثور» (١: ٤٩٤).

(٣) زيادة من ت و ق.

(٤) ولو لم يقر الذي في يده المال بذلك ولم يعلم القاضي فأرادت المرأة إثبات المال أو الزوجة أو مجموعها بالبينة ليقضى لها في مال الغائب أو لتؤمر بالاستدانة لا يقضى لها بذلك لأنه قضاء على الغائب ينظر: «رمز الحقائق» (١: ٢٣٣).

(٥) ساقطة من ت و ق.

(٦) وبه يفتى؛ فيه نظر لها ولا ضرر على الغائب، فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وإن جحد يحلف فإن نكل فقد صدقها، وإن برهنت فقد ثبت حقها وإن عجزت بضمن الكفيل أو المرأة، كما في «رمز الحقائق» (١: ٢٣٣)، و«الشرنبلالية» (١: ٤١٧)، و«الدر المنثور» (١: ٤٩٥)، و«الدر المختار» (١: ٦٦٧)، وغيرها.

لا لمعتدة الموت، والمفرقة بالمعصية: كالردة، وتقبيل ابن الزوج، وردة معتدة الثلاث تسقط، لا تمكينها أبته.

[فصل في نفقة الأقارب]

ونفقة الطفل فقيراً على أبيه، ولا يشركه أحد كنفقة أبويه، وعمره، وليس على أمه إرضاعه إلا إذا تعينت

الشافعي^(١)، له حديث فاطمة بنت قيس^(٢)، ولنا: رد عمر^(٣).

(لا لمعتدة الموت، والمفرقة بالمعصية: كالردة، وتقبيل ابن الزوج، وردة معتدة الثلاث تسقط، لا تمكينها أبته)؛ لأنه لا أثر للردة والتمكين في الفرقة؛ لأنها قد ثبتت قبلهما، فلا يسقطان النفقة إلا أن المرتدة تحبس لتتوب، ولا نفقة للمحبوسة بخلاف المكنة ابن الزوج.

[فصل في نفقة الأقارب]

(ونفقة الطفل فقيراً على أبيه): إنما قال: فقيراً حتى لو كان غنياً فهي في ماله، (ولا يشركه أحد كنفقة أبويه، وعمره): أي لا يشركه أحد في نفقة طفله، كما لا يشركه أحد في نفقة أبويه وعمره.

(وليس على أمه إرضاعه إلا إذا تعينت)^(٤): بأن لا توجد من ترضعه أو لا يشرب

(١) ينظر: «المنهاج» (٣: ٤٤٠)، و«تحفة المحتاج» (٨: ٣٣٤)، و«نهاية المحتاج» (٧: ٢١١)، وغيرها.
(٢) وهو عن أبي سلمة عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها أنه طلقها زوجها في عهد النبي ﷺ وكان أنفق عليها نفقة دون، فلما رأت ذلك قالت والله لأعلمن رسول الله ﷺ فإن كان لي نفقة أخذت الذي يصلحني، وإن لم تكن لي نفقة لم آخذ منه شيئاً، قالت: فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: (لا نفقة لك ولا سكنى) في «صحيح مسلم» (٢: ١١١٤)، واللفظ له، و«السنن الكبرى للنسائي» (٥: ٣٩٤)، وغيرها.

(٣) وهو عن أبي إسحاق، قال كنت مع الأسود بن يزيد جالساً في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة، فأخذ الأسود كفاً من حصصه، ثم قال: ويلك تحدثي بمثل هذا، قال عمر: لا تترك كتاب الله عز وجل وسنة نبيه ﷺ تقول امرأة لا تدري حفظت أم نسبت لها السكنى والنفقة، قال الله عز وجل: (لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ) [الطلاق: ١٢] في «صحيح مسلم» (٢: ١١١٨)، و«مسند أبي عوانة» (٣: ١٨٣)، و«سنن البيهقي الكبرى» (٧: ٤٧٥)، وغيرها.

(٤) قضاء؛ لأنه من النفقة وهي على الأب، وقيدنا بالقضاء؛ لأن عليها إرضاعه ديانة: كخدمة البيت من الكس والطبخ والخبز. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٢٠٤).

ويستأجر الأب من ترضعه عندها، ولو استأجرها منكوحة، أو معتدة من رجعي؛ لترضعة لم يجوز، وفي المبتوتة روايتان، ولإرضاعه بعد العدة أو لابنه من غيرها صح لئن غيرها، (ويستأجر الأب من ترضعه عندها) : أي إذا لم تتعين الأم. (ولو استأجرها منكوحة^(١))، أو معتدة من رجعي؛ لترضعة لم يجوز، وفي المبتوتة روايتان^(٢).

اعلم أن قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾^(٣) أوجب الإرضاع على الأمهات، ثم قوله تعالى: ﴿لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدَهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدُهُ﴾^(٤) أوجب دفع الضرر عن الأمهات والابناء، فإن امتنع والأب لا يتضرر باستئجار المرضعة لا تجبر الأم؛ لأن الظاهر أن امتناعها للعجز؛ لأن إشفاق الأمومة يدل على أنها لا تمتنع إلا للعجز، فإذا أقدمت عليه، وتطلب الأجرة لا تعطى؛ لأنه ظهر قدرتها، فالإتيان بالواجب لا يوجب الأجرة على أن الشرع لم يوجب للمرضعة إلا الثقة، قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٥)، فكل من يأخذ الثقة، وهي المنكوحة ومعتدة الرجعي لا تعطى شيئا آخر للإرضاع، وأمّا المبتوتة فكذا في رواية، وأمّا على الرواية الأخرى فإن الزوج قد أوحشها بالإبانة، فلا ترجى منها المسامحة والمساهلة، فصارت كما بعد العدة، وإنما تجوز الإجارة بعد العدة؛ لأن الثقة غير واجبة لها، فتجب الأجرة؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ الآية.

(ولإرضاعه بعد العدة أو لابنه من غيرها صح) : أي الاستئجار لإرضاع ولده الذي منها بعدما طلقها، وانقضت عدتها، والاستئجار لإرضاع ابنه الذي من غيرها صح، سواء كانت المستأجرة في نكاحه، أو في العدة، أو بعد العدة^(٦).

(١) أي لو استأجر الأب الأم حال كونها منكوحة له...

(٢) وهما: الأولى: الجواز: قال بعضهم هي ظاهر الرواية، وصححها صاحب «الجمهرة» (٢: ٨٩). والثانية: عدمه، وبه رواية الحسن عن الإمام، ويؤمى إليها كلام «الهداية» (٢: ٤٦)، ويدل عليها ظاهر كلام القدوري (ص ٨٢)، وفي «النهر»: وهي الأولى، وفي «التاتارخانية»: وعليه الفتوى. ينظر: «رد المحتار» (٢: ٦٧٦).

(٣) من سورة البقرة، الآية (٢٣٣).

(٤) من سورة البقرة، الآية (٢٣٣).

(٥) من سورة البقرة، الآية (٢٣٣).

(٦) لأنه لا يجب عليهن الإرضاع ديانة. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٤٩٨).

وهي أحق من الأجنبية إلا إذا طلبت زيادة أجره. ونفقة البنت بالغة والابن زينا على الأب خاصة، به يفتى. وعلى الموسر يسار الفطرة لا المعسر نفقة أصوله الفقراء بالسوية بين الابن والبنت، ويعتبر فيها القرب والجزئية لا الإرث، ففي من له بنت وابن ابن كلها على البنت، وفي ولد وبنت وأخ على ولدها، ونفقة كل ذي رحم محرم صغير أو أنثى بالغة فقيرة، أو ذكر زمين، أو أعمى

(وهي): أي الأم، (أحق من الأجنبية إلا إذا طلبت زيادة أجره^(١)). ونفقة البنت بالغة والابن زينا^(٢) على الأب خاصة، به يفتى^(٣)، إنما قال هذا؛ لأن على رواية الخصاف والحسن عليه السلام تجب أثلاثاً، ثلثاها على الأب وثلثها على الأم، وهذا إذا لم يكن لهما مال حتى لو كان لهما مال، فالتفقه في مالهما. (وعلى الموسر يسار الفطرة^(٤) لا المعسر^(٥) نفقة أصوله الفقراء بالسوية بين الابن والبنت، ويعتبر فيها القرب والجزئية^(٦) لا الإرث، ففي من له بنت وابن ابن كلها على البنت، وفي ولد وبنت وأخ على ولدها)، مع أن الإرث نصفان بين البنت وابن الابن، والإرث كله للأخ، ولا شيء لولد البنت؛ لأنه من ذوي الأرحام. (ونفقة كل ذي رحم محرم^(٧) صغير أو أنثى بالغة فقيرة، أو ذكر زمين، أو أعمى

(١) لما فيه من ضرر الأب؛ فظاهره أن الأم لو طلبت الأجره أي أجره المثل والأجنبية متبرعة بالارضاع فالأم أولى؛ لأنهم جعلوا الأم أحق في جميع الأحوال إلا في حالة طلب الزيادة على أجره أجنبية. ينظر: «الاختيار» (٣: ٢٤٢)، و«الإبانة عن أخذ الأجره عن الحضانة» (١: ٢٤٧).

(٢) زمن الشخص زمناً وزمناً فهو زمن: وهو مرض يدوم زماناً طويلاً. ينظر: «المصباح» (ص ٢٥٦).

(٣) ينظر: «الملتقى» (ص ٧٤).

(٤) زيادة من ت و ق.

(٥) إذ الأصل في نفقة الوالدين والمولودين القرب بعد الجزئية دون الميراث: أي تعتبر أولاً الجزئية أي جهة الولادة أصولاً أو فروعاً، وتقدم على غيرها من الرحم، ثم يقدم فيها الأقرب فالأقرب ولا ينظر إلى الإرث. وغامه في: «رد المحتار» (٢: ٦٧٨).

(٦) وهو من لا يحل مناهجته على التأيد مثل الأخوة والأخوات وأولادهما والأعمام والعمات والأخوال والخالات، ولا بد أن تكون المحرمية بجهة القرابة لا الرضاغة، ومعلوم أن بني الأعمام وبني الأخوال ليسوا من القرابة المحرمة للنكاح فلا خلاف عندنا في عدم ثبوت النفقة لهذه القرابة، ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٥٠٠)، و«تحرير القول في نفقة الفروع والأصول» لابن عابدين (١: ٢٥٦).

على قدر الإرث، ويُجَبَرُ عليه، ويُعْتَبَرُ فيها أهلية الإرث لا حقيقة، فنفقة مَنْ له أخوات متفرقات عليهنّ أخماساً كإرثه ونفقة مَنْ له خال، وابن عمّ على الحال. ولا نفقة مع الاختلاف ديناً إلا للزوجة والأصول والفروع

على قدر الإرث، ويُجَبَرُ عليه، ويُعْتَبَرُ فيها أهلية الإرث لا حقيقة^(١) : وإنما قال هذا؛ لأن نفقة هؤلاء إنما تجب؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(٢)، فينبغي أن لا تجب إلا على الوارث، فقال: المعتبر أهلية الإرث لا حقيقة، وذلك لأن حقيقة الإرث لا تعلم إلا بعد الموت، فمن له خال وابن عمّ يمكن أن يموت ابن العمّ أولاً^(٣)، ويكون الإرث للخال، فاعتبر الأقربى مع أهلية الإرث.

(نفقة مَنْ له أخوات متفرقات عليهنّ أخماساً كإرثه): "نفقة مَنْ له أخوات... الخ، صورته: مات أحد وترك منه ثلاث أخوات واحدة منهنّ لأب وأم، والثاني من أب، والثالث من أم، فالتركة بينهما، يقسم على خمسة سهام، ثلاثة أسهم لأخت لأب وأم، وسهم لأخت لأب، وسهم لأخت لأم، فكذاك النفقة". (ونفقة مَنْ له خال، وابن عمّ على الحال.)

ولا نفقة مع الاختلاف ديناً إلا للزوجة والأصول والفروع: ثم بعد هذا بحسب زيادة هذه العبارة: ولا على الفقير إلا لها وللزوجة، ولا لغني إلا لها. وعبارة «المختصر» قد غيرتها إلى هذه العبارة^(٤).

وحاصلها: أن النفقة لا تجب على الفقير إلا للزوجة والفروع، ولا تجب للغني إلا للزوجة، أما غير الزوجة، فإن كان غنياً لا تجب له النفقة على أحد.

(١) يعلم أن المذكور قسمان:

أحدهما: أنه الوارث حقيقة، وتكون النفقة عليه بقدر أخذ الإرث منه كلاً أو بعضاً، كما سيأتي في مثال من له أخوات متفرقات.

والثاني: أنه أهل للورثة، بأن لا يكون محروماً، كما سيأتي في مثال ابن العم والحال. ينظر:

«الدر المختص» (١ : ٥٠١).

(٢) من سورة البقرة، الآية (٢٣٣).

(٣) زيادة من ب و س و م.

(٤) زيادة من أ.

(٥) أي العبارة السابقة مع الزيادة، فقال في «النقاية» (ص ١٠٩): ولا نفقة مع الاختلاف ديناً إلا للزوجة والأصول والفروع ولا مع الفقر إلا لها وللزوجة ولا للغني إلا لها.

وباع الأب عرض ابنه لا عقاره لنفقته لا لدين له عليه سواها ، ولا للأم بيع ماله لنفقته ، وضمن مودع الابن الغائب لو أنفقها على أبيه بلا أمر قاضي لا الأبوان لو أنفقا ماله عندهما

(وباع الأب عرض ابنه^(١) لا عقاره لنفقته لا لدين له عليه سواها) : أي لا يبيع الأب مال الابن لدين سوى النفقة له على الابن ، قالوا : إن للأب ولاية حفظ مال الابن ، وبيع المنقولات من باب الحفظ ، لا بيع العقار ؛ لأنه محصن بنفسه ، فإذا باع المنقول ، فالثمن من جنس حقه ، وهو النفقة ، فيصرفه إليها .

قلت : الكلام في أنه هل محل بيع العروض ؛ لأجل النفقة ، لا في البيع ؛ لأجل المحافظة ، ثم الإنفاق من الثمن ، على أن العلة لو كانت هذا ؛ لجاز البيع لدين سوى النفقة لعين هذا الدليل ، بل العلة أن للأب ولاية تملك مال الابن عند الحاجة ، كما في استيلاء جارية الابن^(٢) ، فيكون له ولاية بيع عروض الابن ؛ لبقاء نفسه ، وإنما لا يلي بيع العقار ؛ لأنه معد للانتفاع به مع بقاءه ، وهو الزراعة ، وولاية الأب نظرية ، ولا نظر في بيع العقار ، بل بيعه إجحاف ، فمصلحة الابن إبقاؤه والانتفاع به .

(ولا للأم بيع ماله لنفقته) ؛ لأن تملك مال الابن مخصوص بالأب ؛ لقوله ﷺ : «أنت ومالك لأبيك»^(٣) ، ولأنه ليس للأم ولاية التصرف في مال الابن .

(وضمن مودع الابن الغائب^(٤) لو أنفقها على أبيه بلا أمر قاضي^(٥) لا الأبوان لو أنفقا ماله عندهما .

(١) أي الكبير الغائب ؛ لأنه إذا كان حاضراً لا يبيع الأب عرضه إتفاقاً ، وإذا كان صغيراً يبيعه اتفاقاً ، والمراد بالعرض هنا ما ينقل . ينظر : «فتح باب العناية» (٢ : ٢٠٩) .

(٢) أي إن وطأ الأب جارية ابنه فادعى نسبه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له وعليه قيمتها ، ويسقط عنه الحد لشبهة المحل لما أروته حديث : «أنت ومالك لأبيك» من الشبهة فإن الغرض منه ليس كون كل ما يملكه الابن ملكاً لأبيه حقيقة لا سيما الفروج ؛ لكون الأصل فيها التحريم والاحتياط ، بل الغرض منه الترغيب إلى خدمة الأبناء للآباء ، وجواز التصرف عند الضرورة للآباء في أموال الأبناء . ينظر : «القول الجازم بسقوط الحد بتكاح المحارم» (ص ٣٦) .

(٣) سبق تخريجه (ص ٤٦) .

(٤) زيادة من أوب وس وم .

(٥) لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية ؛ لأنه نائب الحفظ لا غير بخلاف ما إذا أمر القاضي ؛ لأن أمره ملزم لعموم الولاية . ينظر : «شرح الوقاية» (ق ١٢٢ / ١) .

وإذا قضى بنفقة غير العرس، ومضت المدّة سقطت، إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة وفعلوا، ونفقة المملوك على سيّده، فإن أبي كَسَبَ وأنفق، وإن عَجَزَ أمر بيعه

وإذا قضى بنفقة غير العرس، ومضت المدّة سقطت؛ لأنّ نفقة هؤلاء إنما تجب كفاية للحاجة، فإذا مضت المدّة حصلت الكفاية، وقد نُقِلَ عن «الجامع الكبير» للبرزدي^(١) أن هذا إذا طالت المدّة بعد الفرض، أمّا إذا قصرت فلا تسقط، وقدروا القصير بما دون الشهر^(٢)، (إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة وفعلوا^(٣))؛ أي يأذن القاضي بالاستدانة، فاستدانوا^(٤) فحيث لم يصير ديناً على الغائب.

(ونفقة المملوك على سيّده، فإن أبي كَسَبَ وأنفق، وإن عَجَزَ أمر بيعه). والله أعلم بالصواب^(٥).



(١) وهو عليّ بن محمد بن الحسين البرزديّ، أبو الحسن، فخر الإسلام، نسبة إلى بَزْدَة قلعة حصينة على ستة فراسخ من نَسَفَ، قال الكفوي: الإمام الكبير الجامع بين أشنات العلوم إمام الدنيا في الفروع والأصول له تصانيف كثيرة معتبرة، وقال السمعاني: فقيه ما وراء النهر، وأستاذ الأئمة، وصاحب الطريقة على مذهب أبي حنيفة، من مؤلفاته: «المبسوط»، و«أصول البرزديّ»، و«شرح الجامع الكبير»، و«شرح الجامع الصغير»، (٤٠٠ - ٤٨٢ هـ). ينظر: «الجواهر المضية» (٢: ٥٩٤ - ٥٩٥). «تاج التراجم» (ص ٢٠٥). «كتائب أعلام الأخيار» (ق ١٥٦ ب - ١٥٧ ب). «مقدمة الهداية» (٣: ١٤). «الفوائد البهية» (ص ٢٠٩ - ٢١١).

(٢) مشى على هذا التقدير العلماء من بعده، مثل: صاحب «الشرنبلية» (١: ٤٢١)، و«الدر المنقى» (١: ٥٠٤)، و«مجمع الأنهر» (١: ٥٠٤)، و«الدر المختار» (٢: ٦٨٥)، وغيرهم.

(٣) زيادة من ب و س و م، والكلمة فيها: وفعلت.

(٤) ساقطة من أ، وفي النسخ: فاستدانت، والمثبت هو الموافق لكتب الحنفية عند ذكر هذه المسألة. مثل: «درر الحكام» (١: ٤٢١)، و«شرح ابن ملك» (ق ١٢٢ ب)، و«مجمع الأنهر» (١: ٥٠٤)، و«فتح باب العناية» (٢: ٢١١)، وغيرها.

(٥) أي إن لم يكن للمملوك كسب، بأن كان عبداً زوّناً أو أمة لا يؤجر مثلها أمر المولى وأجير ببيعته. ينظر: «المحيط» (ص ٢٤٠)، و«شرح ملا مسكين» (ص ١٣٥).

(٦) زيادة من ق.

كتاب العتاق

هو يصح من حر مكلف: بصريح لفظه بلا نية: كائن حر، أو معتق، أو عتيق، أو اعتقك، أو محرر، أو حررتك، أو هذا مولاي، أو يا مولاي، أو رأسك حر ونحوه مما عُبِّرَ به عن البدن. ويكنايته إن نوى: كَلَّا مُلْكَ لِي عَلَيْكَ، وَلَا سَبِيلَ، وَلَا رِقَّ

كتاب العتاق

(هو يصح من حر مكلف: بصريح لفظه بلا نية: كائن حر، أو معتق، أو عتيق، أو اعتقك، أو محرر، أو حررتك، أو هذا مولاي، أو يا مولاي^(١)): لفظ المولى مشترك، أحد معانيه: المعتق، وفي العبد لا يليق إلا هذا المعنى، فيعتق بلا نية، (أو رأسك حر ونحوه مما عُبِّرَ به عن البدن^(٢)).

ويكنايته إن نوى: كَلَّا مُلْكَ لِي عَلَيْكَ، وَلَا سَبِيلَ، وَلَا رِقَّ، وإنما كان: لا ملك لي عليك؛ كناية؛ لأنه يحتمل عدم الملك بالبيع ونحوه، أو بالإعتاق. وكذا: لا سبيل لي إليك: أي إلى التصرف فيك، أو إلى الانتفاع بك. وكذا لا سبيل لي عليك: أي لا ملك لي عليك، فإن الملك هو الطريق المؤدي إلى التصرف والانتفاع.

وأما: لا رِقَّ لي عليك؛ فاعلم أن الرِقَّ: هو عجز شرعي يُثبت في الإنسان أثراً للكفر، وهو حق الله تعالى، وأما الملك: فهو اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه، وحاجزاً عن تصرف الغير فيه، فالشيء يكون مملوكاً، ولا يكون مرفوقاً إلا وأن يكون مملوكاً، فالرِقُّ في الابتداء يكون سبباً للملك، فقوله: لا رِقَّ لي عليك، أطلق الرِقَّ، وأراد به الملك.

(١) ليس من الصريح بل ملحق بالصريح. ينظر: «الشرنبلالية» (٢: ٣).

(٢) كالرأس والوجه والعتق والفرج إن كان أمة، وإنما قيد بالبدن؛ لأنه لو أضافه إلى العضو الذي لا يعبره عن البدن كاليد والرجل لا يعتق، وكذا الدبر؛ لأنه لا يعبره عن البدن. ينظر: «شرح ملا مسكين» (١: ١٣٥).

وخرجت من ملكي، وخليت سبيلك، ولأمتي: قد أطلقك. وبهذا ابني للأصغر
والأكبر، لا بيا ابني ويا أخي، ولا سلطان لي عليك

(وخرجت من ملكي، وخليت سبيلك، ولأمتي: قد أطلقك^(١).)

وبهذا ابني للأصغر والأكبر؛ وإنما جاء بلفظ الباء في قوله: وبهذا ابني؛
ليُعلم أنه عطف على قوله: وبكنايته، ولو لم يذكر حرف الباء، أوهم أنه عطف على
أمثلة الكناية نحو: لا ملك لي عليك... إلى آخره، فيلزم حينئذ أنه كناية، وليس كذلك.
فإن المقر له إن كان يولد مثله لمثله، وهو مجهول النسب يثبت نسبه منه، ويكون
حرّاً، وإن لم ينو، وإن لم يكن كذلك يكون هذا اللفظ مجازاً عن الحرية فيعتق. وإن لم
ينو؛ لأنّ المجاز متعين، ولو كان كناية يحتاج إلى التّية، وفي الأكبر شيئاً منه خلاف أبي
يوسف رحمته ومحمد رحمته.

وقد بالغت في تحقيق هذه المسألة في (فصل المجاز) من كتاب «التنقيح»^(٢)،
وحاصله: أن إمكان المعنى الحقيقي لا يشترط لصحة المجاز، كإطلاق الأسد على
الإنسان الشجاع، فلا يشترط إمكان النبوة لصحة المجاز، وهو الحرية.

(لا بيا ابني ويا أخي)^(٣)؛ لأنّ المقصود بالنداء استحضار المنادي بصورة الاسم
من غير قصد إلى المعنى، وإذا لم يكن المعنى مقصوداً لا يثبت مجازة، وهو الحرية بخلاف
يا حرّ، لأنه صريح، فلا يحتاج إلى قصد المعنى.
(ولا سلطان لي عليك)^(٤)؛ أي لا يد لي عليك فيمكن أن يكون عبداً، ولا
يكون له^(٥) عليه يد كالمكاتب^(٦).

(١) لأن كل لفظ من هذا يحتمل وجهين فقوله: خرجت من ملكي؛ يحتمل بالبيع والعتق، ولا سبيل لي
عليك لأنك وقيت بالخدمة فلا سبيل لي عليك باللوم والعقوبة، ويحتمل لأنك معتق، وكذا إذا قال
لأمت: قد أطلقك ونوى العتق عتقت؛ لأن الإطلاق يقتضي زوال اليد وقد نزل يده عنها بالعتق وغيره
وهو مثل خلت سبيلك. ينظر: «الجوهرة النيرة» (٢: ٩٦).

(٢) ينظر: «التنقيح» وشرحه «التوضيح» (١: ١٥٢)، و«كشف الأسرار شرح أصول الزدوي» (٢: ٧٨)،
و«التقرير والتحجير» (٢: ٣٣)، و«حاشية العطار» (١: ٤٠٧)، وغيرها.

(٣) أي بدون نية. ينظر: «رد المحتار» (٣: ٨).

(٤) ولو نوى، ومال بعض المشايخ إلى أنه يعتق بالنية ورجحه الكمال في «الفتح» (٤: ٤٣٦)، وأقره
صاحب «البحر» (٤: ٢٤٦)، و«الشرنبلالية» (٢: ٣)، و«الدر المختار» (٣: ٨)، وغيرهم.

(٥) زيادة من م.

(٦) لأن السلطان عبارة عن الحجة واليد، ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب يثبت للمولى فيه
الملك دون اليد. ينظر: «رد المحتار» (٣: ٨).

ولفظ الطلاق وكنائثه مع نية العتق، وأنت مثل الحر بخلاف ما أنت إلا حر. ومن ملك ذا رحم محرم منه، أو اعتق لوجه الله تعالى، أو للشيطان، أو للصنم، أو مكراً، أو سكران، أو أضاف عتقه إلى ملك، أو شرط ووجد عتق، كعبد حر يخرج إلينا مسلماً

(ولفظ الطلاق وكنائثه مع نية العتق): فإنه إذا قال: لأمتيه أنت طالق، ونوى به العتق، لا تعتق عندنا، وعند الشافعي^(١) تعتق؛ لأن الاعتاق، هو إزالة ملك الرقبة، والطلاق إزالة ملك المتعة، فيجوز إطلاق كل واحد منهما على الآخر مجازاً. قلنا: المجاز لفظ يذكر ويراد به لازمه، وإزالة ملك المتعة لازم لإزالة ملك الرقبة، فإنه إذا اعتق أمته يزول ملك المتعة، ولا لزوم على العكس، فيجري المجاز من أحد الطرفين، وهو أن يذكر الحرية ويراد بهما الطلاق لا على العكس. وأنت مثل الحر^(٢) بخلاف ما أنت إلا حر.

ومن ملك ذا رحم محرم^(٣) منه، أو اعتق لوجه الله تعالى، أو للشيطان، أو للصنم^(٤)، أو مكراً، أو سكران، أو أضاف عتقه إلى ملك، أو شرط ووجد عتق. قوله: ذا رحم؛ أي ذا قرابة بسبب الرحم. وقوله: محرم؛ صفة ذا، وجره للجوار. وقوله: إلى ملك؛ نحو: إن ملكت عبداً فهو حر. أو شرط؛ ووجد نحو: إن قدم فلان، فعبدي حر، فوجد الشرط عتق، لكن يشترط أن يكون العبد في ملكه وقت التعليق، كما عرفت في الطلاق. وقوله: عتق؛ أي عتق عليه؛ ليكون ضمير عليه راجعاً إلى المبتدأ، وهو: من. كعبد^(٥) حر يخرج إلينا مسلماً.

(١) ينظر: «المنهاج» (٤: ٤٩٣) وشرحه «مغني المحتاج» (٤: ٤٩٣)، و«المحلي» (٤: ٣٥٢)، وغيرهما.

(٢) ما لم ينو؛ لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض الأوصاف عرفاً، وقد وقع الشك في الحرية فلا تثبت ينظر: «درر الحكام» (٢: ٣).

(٣) ذو رحم محرم: كل شخصين يدلان إلى أصل واحد بلا واسطة كالأخوين، أو أحدهما بواسطة والآخر بغير واسطة كالعم وابن الأخ إلى الجد، ولا يعتق بالملك ذو رحم غير محرم كبنني الأعمام والأحوال. وبني العمات والحالات، ولا محرم غير ذي رحم كالمحرمات بالصهرية والرضاع. ينظر: «الاحتيار» (٣: ٢٥٦).

(٤) لأن العتق صدر من أهله في محله، فيعتبر وتلفو تسمية جهته. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٢١٨).

(٥) أي كما يعتق عبد... ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ١٢٣/ب).

والحملُ يعتقُ بعنقِ أمِّه لا هي بعنقه، والولدُ يتبعُ أمِّه في الملك، والرُّق، والعتق وفروجه، وولدُ الأمة من زوجها ملكٌ لسيِّدها، وولدها من مولاها حرٌّ.

باب عتق البعض

وإذا اعتقَ بعضَ عبده صحَّ، وسعى فيما بقي، وهو كالمكاتب بلا ردُّ إلى الرُّق لو عجز، وقالوا: عتق كله

والحملُ يعتقُ بعنقِ أمِّه لا هي بعنقه: واعلم أنَّ الحملَ يعتقُ بعنقِ الأمِّ لا بطريقِ التَّبعية، بل بطريقِ الأصالة^(١) حتَّى لا ينجرَّ ولاؤه إلى مولى الأب، وهذا إذا ولدت بعد عتقها لأقل من ستَّة أشهر.

(والولدُ يتبعُ أمِّه في الملك، والرُّق، والعتق وفروجه): أي إن كانت الأمُّ في ملك زيد، فالولدُ المولودُ في ملك زيد يكونُ ملكاً له، وإن كانت الأمُّ مشتركةً كان الولدُ مشتركاً على سهامِ الأمِّ، وإن كانت مرفوقة، فالولدُ المولودُ حال رقيتها يكونُ مرفوقاً، وكذا يتبعها في العتق وفروجه: كالكتابة، والتَّديير، فعتقُ الولدِ بتبعيةِ الأمِّ إنَّما يكونُ إذا كان بين العتق والولادة ستَّة أشهر أو أكثر^(٢)، فحينئذٍ ينجرُّ الولاءُ إلى موالى الأب، فعُلم أنَّه لا تكرار.

(وولدُ الأمة من زوجها ملكٌ لسيِّدها، وولدها من مولاها حرٌّ).

باب عتق البعض

(وإذا اعتقَ بعضَ عبده صحَّ، وسعى فيما بقي، وهو كالمكاتب بلا ردُّ إلى الرُّق لو عجز، وقالوا: عتق كله): هذا بناءٌ على أن العتق لا يتجزأ، فكذا الاعتاقُ عندهما؛ لأنَّه إثباتُ العتق، كالكسرِ مع الانكسار، فيلزمُ من عدم تجزؤِ اللازم، وهو العتق، عدم تجزؤِ ملزومه، وهو الاعتاق، لكنَّ أبا حنيفة رحمته الله يقول: الاعتاقُ إزالةُ الملك؛ لأنَّه ليس للمالك إلا إزالةُ حقِّه، وهو الملك، والملكُ متجزئ، فكذا إزالته، فإعتاقُ البعضِ إثباتُ شطْرِ العلة، فلا يتحقَّقُ المعلولُ إلا وأن يتحقَّقَ تمامُ العلة.

(١) أي القصد؛ لأنه لتحقق الحمل عند عتق الأم يقيناً حينئذٍ كأنه تعلق العتق إليه قصداً ينظر: «حاشية الخادمي» (ص ٢٣٤).

(٢) لأن ماءً مستهلكاً بمائها فيرجع جانبها؛ لأنه متيقن به من جهتها؛ ولهذا يثبت نسب ولد سرٍّ وولد الملاعة منها حتى ترثه ويرثها. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٥١٤).

ولو أعتق شريكَ حَظَّةٍ أعتقه الآخر، أو استسماه، أو ضمَّن المَعْتَقَ موسراً قيمةَ حَظَّةٍ لا معسراً، والولاءَ لهما إن أعتق أو استسماه، وللمَعْتَقِ إن ضمَّنَه، ورجعَ به على العبد، وقالوا: له ضمائه غنياً، والسَّعَايَةُ فقيراً فقط، والولاءَ للمَعْتَقِ، ولو شهد كلُّ شريكٍ بعتقِ الآخر سعى لهما في حظَّهما، والولاءُ لهما، وقالوا: سعى للمعسرين لا للموسرين، ولو تخالفا يساراً سعى للموسر لا لضده. وهو إزالةُ الملكِ كُلِّهِ.

(ولو أعتق شريكَ حَظَّةٍ أعتقه الآخر، أو استسماه^(١))، أو ضمَّن المَعْتَقَ موسراً^(٢)؛ أي حال كون المَعْتَقِ موسراً، (قيمةَ حَظَّةٍ)، الضَّمِيرُ يرجعُ إلى الآخر^(٣)، (لا معسراً^(٤))، والولاءَ لهما إن أعتق أو استسماه، وللمَعْتَقِ إن ضمَّنَه، ورجعَ به: أي بالضَّمان، (على العبد، وقالوا: له ضمائه غنياً)؛ أي للآخر تضمينُ المَعْتَقِ عندهما كونه غنياً، (والسَّعَايَةُ فقيراً فقط، والولاءَ للمَعْتَقِ)؛ لأنَّ إعتاقَ البعضِ إعتاقُ الكلِّ عندهما.

(ولو شهد كلُّ شريكٍ بعتقِ الآخر سعى لهما^(٥) في حظَّهما، والولاءُ لهما، وقالوا: سعى للمعسرين لا للموسرين)؛ لأنَّ على أصليهما الضَّمانُ مع اليسار، والسَّعَايَةُ مع العسار، فإن كانا معسرين نجبُ السَّعَايَةُ، وإن كانا موسرين فلا سعاية ولا ضمانٌ أيضاً؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ يدَّعي إعتاقَ الآخر، والآخرُ ينكرُ ولا يَبِينُهُ، (ولو تخالفا يساراً سعى للموسر لا لضده)؛ لأنَّ عتقه يثبتُ بقوليهما، ثمَّ الموسرُ يزعمُ أنَّ حقَّه في السَّعَايَةُ، والمعسرُ يزعمُ أنَّه لا حقَّ له في السَّعَايَةُ؛ لأنَّ المَعْتَقَ موسرٌ، ولا يقدرُ على إثباتِ الضَّمانِ؛ لأنَّ شريكه منكرٌ فلا شيءَ له أصلاً.

(١) أي يطلب الآخر سعاية العبد في قيمة نصيبه يوم العتاق. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٥١٦).

(٢) المراد به يسار التيسير لا يسار الغنى، وهو: أن يملك قدر قيمة نصيب الآخر، والمعتبر حاله يوم الاعتاق حتى لو أيسر بعده أو أعسر لا يعتبر، وإن اختلفا فيه بحكم الحال إلا أن يكون بين الخصومة والعتق مدة يختلف فيها الأحوال فيكون القول للمعتق. ينظر: «الشرنبلالية» (٢: ٨).

(٣) أي إن شاء ضمَّن المَعْتَقُ قيمةَ نصيبه إن كان موسراً، وليس له خيار الترك على حاله؛ لأنه لا سبيل إلى الانتفاع به مع ثبوت الحرية في جزء منه. ينظر: «البدائع» (٤: ٨٧).

(٤) أي لا يكون تضمين إذا كان المَعْتَقُ معسراً، ولا يبقى إلا خيار الإعتاق أو الاستسماه للمساكت.

(٥) أي سواء كانا موسرين أو معسرين أو أحدهما موسراً والآخر معسراً هذا عند أبي حنيفة ؓ. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٨).

وَوَقَّفَ الْوَلَاءَ فِي الْأَحْوَالِ، وَلَوْ عَلَّقَ أَحَدُهُمَا عَتَقَهُ بِفَعْلٍ غَدًا، وَالْآخَرُ بَعْدِيهِ
فَمَضَى الْغَدَ، وَجُهِلَ شَرْطُ عَتَقٍ نَصْفِهِ، وَسَعَى فِي نَصْفِهِ لَهَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ﷺ سَعَى
فِي كُلِّهِ، وَلَا عَتَقَ فِي عَبْدَيْنِ

فَإِنْ قُلْتُ : يَنْبَغِي أَنْ لَا تُجِبَ السَّعَايَةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَحْوَالِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ إِنَّمَا يَثْبُتُ
بِإِقْرَارِ كُلِّ مِنْهُمَا بِاعْتِاقِ شَرِيكِهِ ، وَالشَّرِيكَ مُنْكَرٌ ، فَصَارَ إِقْرَارُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِنْشَاءً
لِلْعَتَقِ ، فَلَا تُجِبُ السَّعَايَةُ .

قُلْتُ : الْعَبْدُ إِنْ كَذَّبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا زَعَمَ لَا يَثْبُتُ عَتَقُهُ ، وَإِنْ صَدَّقَ
فَتَصْدِيقُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَكُونُ إِقْرَارًا بِوَجُوبِ السَّعَايَةِ لَهُ عَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ ،
وَأَمَّا عَلَى أَصْلِهِمَا فَتَصْدِيقُهُ لِلْمُوسِرِينَ لَا يَكُونُ إِقْرَارًا ، وَتَصْدِيقُهُ لِلْمُعْسِرِينَ يَكُونُ
إِقْرَارًا ، وَكَذَا تَصْدِيقُهُ الْمُوسِرِ إِذَا كَانَ شَرِيكُهُ مُعْسِرًا .

(وَوَقَّفَ الْوَلَاءَ فِي الْأَحْوَالِ) (١) : أَيِ حَالٍ يَسَارِهَا وَعَسَارِهَا ، وَيَسَارُ أَحَدِهِمَا
وَعَسَارُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْكَرٌ إِعْتَاقُهُ ، فَيُوقَفُ الْوَلَاءُ إِلَى أَنْ يَتَّفَقَا عَلَى
إِعْتَاقِ أَحَدِهِمَا .

(وَلَوْ عَلَّقَ أَحَدُهُمَا عَتَقَهُ بِفَعْلٍ غَدًا، وَالْآخَرُ بَعْدِيهِ فَمَضَى الْغَدَ) (٢) ، وَجُهِلَ
شَرْطُ عَتَقٍ نَصْفِهِ، وَسَعَى فِي نَصْفِهِ لَهَا (٣) ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ﷺ سَعَى فِي كُلِّهِ : لِأَنَّ
الْمَقْضَى عَلَيْهِ بِسُقُوطِ السَّعَايَةِ مَجْهُولٌ ، فَلَا يُمْكِنُ الْقَضَاءُ عَلَى الْمَجْهُولِ .

قُلْنَا : نَصْفُ السَّعَايَةِ سَاقِطٌ بَيَقِينَ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ ، يَقُولُ لِصَاحِبِهِ : إِنَّ
النَّصْفَ الْبَاقِيَ هُوَ نَصِيبِي ، وَالسَّاقِطُ نَصِيبُكَ ، فَيَنْصَفُ بَيْنَهُمَا .

(وَلَا عَتَقَ فِي عَبْدَيْنِ) : أَيِ إِذَا قَالَ رَجُلٌ : إِنْ دَخَلَ فَلَانُ الدَّارَ غَدًا ، فَعَبْدُهُ حَرٌّ ،
وَقَالَ الْآخَرُ : إِنْ لَمْ يَدْخُلْ فَلَانُ الدَّارَ غَدًا ، فَعَبْدُهُ حَرٌّ ، فَمَضَى ، وَلَمْ يَدْرِ أَنَّهُ دَخَلَ أَوْ

(١) هذا على مذهب الصاحبين ؛ لكون إعتاق البعض إعتاقاً لكل عندهما ، والولاء لمن أعتق ولم يتعين
ذلك المستحق لكون كل منهما ينكر استحقاق الآخر ، ولو مات العبد قبل أن يعتق على شيء فولأؤه
ليبت المال . ينظر : «عمدة الرعاية» (٢ : ١٩٩) .

(٢) زيادة من م .

(٣) أي لو علق أحد الشريكين عتق العبد المشترك بينهما بفعل شخص بأن قال أحدهما : إِنْ دَخَلَ فَلَانُ
الدَّارَ غَدًا فَهُوَ حَرٌّ ، وَعَكْسُ الْآخَرِ بِأَنْ قَالَ : إِنْ لَمْ يَدْخُلْ فَلَانُ ذَلِكَ تِلْكَ الدَّارَ بَعِيْنَهَا غَدًا ، فَهُوَ حَرٌّ
وَمَضَى الْغَدَ وَلَمْ يَدْرِ أَدْخَلَ أَمْ لَا ، عَتَقَ نَصْفَهُ لِلْبَيْتَيْنِ بِحَثِّ أَحَدِهِمَا وَتَمَامِهِ فِي «التبيين» (٣ : ٧٧) .

وَمَنْ مَلَكَ ابْنَهُ مَعَ آخِرِ بَشْرَاءٍ، أَوْ هَبَةً، أَوْ وَصِيَّةً، أَوْ اشْتَرَى نَصْفَ ابْنِهِ مِنْ سَيِّدِهِ، أَوْ عَلَّقَ بِشْرَاءٍ نَصْفَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ مَعَ آخِرِ عَتَقٍ حَصَّتْهُ، وَلَمْ يَضْمَنْ الْأَبُ، عَلِمَ الشَّرِيكَ حَالَهُ أَوْ لَا كَمَا لَوْ وَرثَاهُ، وَاعْتَقَهُ الْآخَرُ، أَوْ سَعَى لَهُ، وَقَالَا: فِي غَيْرِ الْإِرْثِ ضَمِنَ نَصْفَ قِيمَتِهِ غَنِيًّا، وَسَعَى لَهُ فَقِيرًا

لا، لا يعتق شيء من العبيدين؛ لأنَّ الْمُقْضِيَّ عَلَيْهِ بِالْعَتَقِ وَالْمُقْضِيَّ لَهُ مَجْهُولَانِ، فَحُشِنَتِ الْجَهَالَةُ^(١).

(وَمَنْ مَلَكَ ابْنَهُ مَعَ آخِرِ بَشْرَاءٍ، أَوْ هَبَةً، أَوْ وَصِيَّةً، أَوْ اشْتَرَى نَصْفَ ابْنِهِ مِنْ سَيِّدِهِ^(٢)، أَوْ عَلَّقَ^(٣) بِشْرَاءٍ نَصْفَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ مَعَ آخِرِ عَتَقٍ حَصَّتْهُ، وَلَمْ يَضْمَنْ الْأَبُ^(٤)، عَلِمَ الشَّرِيكَ حَالَهُ أَوْ لَا): أَيِ عَلِمَ الشَّرِيكَ أَنَّهُ ابْنٌ لَشَّرِيكِهِ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، (كَمَا لَوْ وَرثَاهُ): أَيِ لَا يَضْمَنْ الْأَبُ نَصِيبَ الشَّرِيكَ فِي الصُّوَرِ الْمَذْكُورَةِ، كَمَا لَا يَضْمَنْ الْأَبُ إِذَا وَرَثَ هُوَ وَشَرِيكُهُ ابْنَهُ، وَصَوْرَتُهُ: مَاتَتْ امْرَأَةٌ، وَلَهَا عَبْدٌ، هُوَ ابْنُ زَوْجِهَا، فَتَرَكَتْ الزَّوْجَ، وَالْأَخَ، فَوَرِثَ الْأَبُ نَصْفَ ابْنِهِ، فَعَتَقَ عَلَيْهِ، لَا يَضْمَنْ حَصَّةَ أَخِيهَا اتِّفَاقًا؛ لِأَنَّ الْأَرْثَ ضَرْوَرِيُّ الثَّبُوتِ، وَلَا اخْتِيَارَ لِلأَبِ فِي ثَبُوتِهِ.

(وَاعْتَقَهُ الْآخَرُ، أَوْ سَعَى لَهُ): أَيِ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لِلشَّرِيكَ وَلَايَةُ التَّضْمِينِ بَقِيَّ لَهُ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ: إمَّا الْإِعْتَاقَ، أَوْ السَّعَايَةَ.

(وَقَالَا: فِي غَيْرِ الْإِرْثِ ضَمِنَ نَصْفَ قِيمَتِهِ غَنِيًّا، وَسَعَى لَهُ فَقِيرًا): لِأَنَّ شَرَاءَ الْقَرِيبِ إِعْتَاقٌ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا يَجِبُ الضَّمَانُ، وَإِنْ كَانَ مَعْسِرًا سَعَى الْعَبْدِ وَأَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله يَقُولُ: إِنَّهُ رَضِيَ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ، كَمَا إِذَا أُذِنَ^(٥) بِإِعْتَاقِ

(١) بخلاف العبد الواحد؛ لأنَّ الْمُقْضِيَّ لَهُ بِسُقُوطِ نَصْفِ السَّعَايَةِ مَعْلُومٌ، وَهُوَ الْعَبْدُ، وَالْمُقْضِيَّ بِهِ وَهُوَ سُقُوطُ نَصْفِ السَّعَايَةِ مَعْلُومٌ، وَالْمَجْهُولُ وَاحِدٌ وَهُوَ الْحَاثُ، فَغَلِبَ الْمَعْلُومُ الْمَجْهُولُ. يُنْظَرُ: «مَجْمَعُ الْأَنْهَرِ» (١: ٥١٨).

(٢) أَيِ سَيِّدِ الْإِبْنِ الَّذِي يَمْلِكُهُ كُلُّهُ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ اثْنَيْنِ فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مِنْ أَبِيهِ وَهُوَ مُوسِرٌ، فَلِلشَّرِيكَ حَقُّ التَّضْمِينِ إِجْمَاعًا. يُنْظَرُ: «شرح ملا مسكين» (ص ١٣٨).

(٣) أَيِ لَوْ عَلَّقَ عَتَقَ عَبْدٌ سِوَاكَانِ الْإِبْنِ أَوْ آخَرَ بِشْرَاءٍ بَعْضُهُ، بِأَنَّهُ قَالَ: أَنْتَ حَرٌّ إِنْ اشْتَرَيْتُ نَصْفَكَ، ثُمَّ يَشْتَرِيهِ مِنْ مَوْلَاهُ مَعَ آخِرِ عَتَقٍ حَصَّتْهُ؛ لَوْجُودِ الشَّرْطِ الْمَعْلُوقِ عَلَيْهِ. يُنْظَرُ: «مَجْمَعُ الْأَنْهَرِ» (١: ٥١٩).

(٤) زِيَادَةٌ مِنْ أَوْ بَوْجٍ وَم.

(٥) أَيِ أَذِنَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لِلْآخَرِ بِإِعْتَاقِ نَصِيبِهِ صَرِيحًا، بِأَنَّهُ قَالَ لَهُ: أَعْتَقْ نَصِيبَكَ. فَاعْتَقَهُ فِيهِ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ لِعَدَمِ وَجُودِ الْإِفْسَادِ. يُنْظَرُ: «عَمْدَةُ الرَّعَايَةِ» (٢: ٢٠١).

وإن اشترى نصفه، ثم الأب باقيه غنياً ضمن له، أو سعى، وخالفها فيها، ولو دبره أحد الشركاء، وأعتقه الآخر، وهما موسران ضمن السأكت مدبره لا معتقه، والمدبر معتقه ثلثه مدبراً لا لما ضمنه

نصيه حيث شاركه في علة العتق، وهو الشراء، وإن جهل، فالجهل لا يكون عذراً^(١).
(وإن اشترى نصفه، ثم الأب باقيه غنياً ضمن له، أو سعى، وخالفها فيها)،
ففي هذه الصورة لم يرض الشريك بإفساد نصيبه، فيخير، وعندهما لا تجب سعائته؛ لأن المعتق غني.

(ولو دبره أحد الشركاء، وأعتقه الآخر، وهما موسران ضمن السأكت مدبره لا معتقه، والمدبر معتقه ثلثه مدبراً لا لما ضمنه)^(٢)، هذا عند أبي حنيفة عليه السلام؛ وذلك لأن التدبير متجزئ عنده كالإعتاق، فيقتصر على نصيبه، لكنه أفسد نصيب شريكه، فأحدهما اختار اعتاق حصته، فتعين حقه فيه، فلم يبق له اختيار أمر آخر كالتضمن وغيره، ثم للسأكت توجه سبباً ضمان: أي ضمان التدبير والإعتاق^(٣).
لكن ضمان التدبير ضمان المعاوضة؛ لأنه قابل للانتقال من ملك إلى ملك، وضمن المعاوضة هو الأصل، فيضمن المدبر، ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمة

(١) حق العبارة أن تكون هكذا: إنه رضي بإفساد نصيبه حيث شاركه في علة العتق وهو الشراء وإن جهل، فالجهل لا يكون عذراً فلا يضمن كما إذا أذن بإعتاق نصيبه كما لا يخفى، إذ قوله فلا يضمن نتيجة فتحها التأخير. ينظر: «حاشية عبد الحليم» (١: ٣١٢).

(٢) أي لو كان عبد بين ثلاثة نفر موسرين دبره أحدهم، ثم أعتقه آخر، فللسأكت أن يضمن المدبر. وليس له أن يضمن المعتق، وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً، وليس له أن يضمنه الثلث الذي ضمنه للسأكت. ينظر: «التبيين» (٣: ٨٠).

(٣) بيان المسألة: إن التدبير متجزئ عند أبي حنيفة خلافاً لهما؛ لأنه شعبة من شعب الإعتاق. فيقتصر التدبير عنده على نصيب المدبر ويفسد به نصيب الآخرين حيث امتنع ببيع فيكون لكل واحد من الشريكين الآخرين أن يدبر، أو يعتق، أو يكاتب، أو يأخذ ضمان نصيبه من المدبر، أو يستعصي العبد، أو يتركه على حاله؛ فالذي دبر نصيبه سد عليهما طرق الانتفاع به، فإذا اختار أحدهما اعتاق حصته تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره، وأما السأكت فتوجه له سبباً ضمان تدبير الشريك الأول سهمه، وإعتاق الثاني سهمه لأن كل واحد منهما أفسد سهمه: الأول: بتدبيره، والثاني: بإعتاق، غير أن له أخذ الضمان من المدبر دون المعتق لكون ضمان التدبير ضمان معاوضة دون ضمان العتق يفرق: «عمدة الرعاية» (٢: ٢٠٢).

وقالا: ضَمِنَ مَدْبُرَةٌ لَشْرِيكِهِ كَانَ مُوسِرًا، أَوْ مَعْسِرًا، وَلَوْ قَالَ: هِيَ أُمُّ وَلَدٍ شَرِيكِي وَأَنْكَرَ تَخْدُمُهُ يَوْمًا، وَتَوَقَّفَ يَوْمًا، وَلَا قِيَمَةَ لَأُمِّ وَلَدٍ، فَلَا يَضْمَنُ غَنِيٌّ أَعْتَقَهَا مُشْرَكَةً الْعَبْدَ مَدْبُرًا، وَقِيَمَةُ الْمَدْبُرِ ثَلَاثَا قِيَمَتِهِ قَنًا؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ ثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٌ:

١. الوطاء

٢. والاستخدام

٣. والبيع

فَبِالتَّدْبِيرِ فَاتَ الْبَيْعُ، وَلَا يُضْمَنُ الْمَدْبُرُ الْمُعْتَقَ الثَّلْثَ الَّذِي ضَمَّنَهُ السَّائِكُ مَعَ أَنَّ ذَلِكَ الثَّلْثَ صَارَ مَلَكًا لِلْمَدْبُرِ بِسَبَبِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مَلَكًا مُسْتَدًّا^(١)، وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ، وَأَمَّا الْوَلَاءُ لِلْمَدْبُرِ فَثَلَاثُهُ لِلْمَدْبُرِ وَثَلَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ.

(وقالا: ضَمِنَ مَدْبُرَةٌ لَشْرِيكِهِ كَانَ^(٢) مُوسِرًا، أَوْ مَعْسِرًا)؛ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ تَمَلَّكَ

فَلَا يَخْتَلَفُ بِالْيَسَارِ وَالْعُسَارِ، بِخِلَافِ ضَمَانِ الْإِعْتَاقِ إِذْ هُوَ ضَمَانٌ جَنَائِيَّةٌ.

(ولو قال: هِيَ أُمُّ وَلَدٍ شَرِيكِي وَأَنْكَرَ تَخْدُمُهُ يَوْمًا، وَتَوَقَّفَ يَوْمًا)، هَذَا عِنْدَ

أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ أَقَرُّ أَنْ لَا حَقَّ لَهُ عَلَيْهَا، فَيُؤْخَذُ بِإِقْرَارِهِ، ثُمَّ الْمُنْكَرُ يَزْعُمُ أَنَّهَا كَمَا كَانَتْ، فَلَا حَقَّ لَهُ عَلَيْهَا إِلَّا فِي نَصْفِهَا.

وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِلْمُنْكَرِ أَنْ يَسْتَعْسِيَ الْجَارِيَةَ فِي نَصْفِ قِيَمَتِهَا، ثُمَّ تَكُونُ حُرَّةً؛ لِأَنَّهُ

لَمَّا لَمْ يَصْدُقْهُ صَاحِبُهُ انْقَلَبَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ، فَكَأَنَّهُ اسْتَوْلَدَهَا، فَتَعْتَقُ بِالسَّعْيَةِ.

(وَلَا قِيَمَةَ لَأُمِّ وَلَدٍ، فَلَا يَضْمَنُ غَنِيٌّ أَعْتَقَهَا مُشْرَكَةً)^(٣)، أَعْلَمُ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ غَيْرُ

مَتَقَوْمَةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَعِنْدَهُمَا مَتَقَوْمَةٌ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ مُشْرَكَةً بَيْنَ

شَرِيكَيْنِ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا، وَهُوَ مُوسِرٌ لَا يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ.

(١) أَيِ إِلَى وَقْتِ التَّدْبِيرِ، وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ؛ وَهُوَ بِالنَّظَرِ إِلَى حَالِ أَدَاءِ الضَّمَانِ، دُونَ وَجْهِ؛ وَهُوَ بِالنَّظَرِ إِلَى الْحَقِيقَةِ حَالِ التَّدْبِيرِ، فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ، بَلِ الْمَلِكُ الْمُمْكِنُ مِنَ الضَّمَانِ هُوَ الثَّابِتُ حَالِ الْعَتَقِ. يَنْظُرُ: «الْفَتْحُ» (٤: ٤٨٢).

(٢) زِيَادَةُ مِنْ ج.

(٣) يَعْنِي إِذَا كَانَتْ أُمُّ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَوَلَدَتْ وَلَدًا فَأَدْعَاهُ فَصَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لِهَئِمَا فَأَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ لَا يَضْمَنُ حَصَّةَ شَرِيكِهِ عِنْدَ الْإِمَامِ بِنَاءً عَلَى عَدَمِ تَقَوُّمِهَا. يَنْظُرُ: «مَجْمَعُ الْأَنْهَارِ» (١: ٥٢١).

لباب العتق المبهمة

ولو قال لعبدین عنده من ثلاثة له: أحكما حرًا، فخرج واحد ودخل آخر، فأعاد ومات بلا بيان عتق من ثبت ثلاثة أرباعه، ومن كل من غيره نصفه، وعند محمد ربع من دخل، ومن غيره كما قالوا، وإن قاله مريضاً ولم يميز وارث جعل كل عبد سبعة كسهام عتق عندهما، وعتق من ثبت ثلثه، ومن كل من غيره سهمان، وعند محمد كل ستة كسهام عتق عنده، وعتق من خرج سهمان، ومن ثبت ثلثه، ومن دخل سهم وسعى كل في باقيه على القولين، ويصح الثلث والثلثان

لباب العتق المبهمة

(ولو قال لعبدین عنده من ثلاثة له: أحكما حرًا، فخرج واحد ودخل آخر، فأعاد ومات بلا بيان عتق من ثبت ثلاثة أرباعه، ومن كل من غيره نصفه، وعند محمد ربع من دخل، ومن غيره كما قالوا)؛ لأن الإيجاب الأول دائري بين الخارج والثابت، فينصف^(١) بينهما، ثم الإيجاب الثاني دائري بين الثابت والداخل، فينصف بينهما، فالنصف الذي أصاب الثابت شاع فيه، فما أصاب النصف الذي عتق بالإيجاب الأول لغا، وما أصاب النصف الفارغ، وهو الربع بقي، فعتق من الثابت ثلاثة أرباعه، وأمّا من الداخل فاعتق ربعه عند محمد؛ لأن هذا الإيجاب لما أوجب عتق الربع من الثابت، فكذا من الداخل؛ لأنه متنصف بينهما، وهما يقولان: إن المانع من عتق النصف يختص بالثابت، ولا مانع في الداخل، فاعتق نصفه.

(وإن قاله مريضاً ولم يميز وارث جعل كل عبد سبعة كسهام عتق عندهما، وعتق من ثبت ثلثه، ومن كل من غيره سهمان، وعند محمد كل ستة كسهام عتق عنده، وعتق من خرج سهمان، ومن ثبت ثلثه، ومن دخل سهم وسعى كل في باقيه على القولين، ويصح الثلث والثلثان)؛ ولو قال ذلك في مرض الموت ولم يميز وارث، ولا مال له سوى العبيد الثلاثة، وقيمتهم متساوية جعل كل عبد سبعة عندهما كسهام العتق؛ لأن مخرج الكسور أربعة؛ لأنه يعتق من الثابت ثلاثة أرباع، وهي ثلاثة من أربعة، ومن الخارج النصف، وهو اثنان من أربعة، ومن الداخل كذلك، فصار

(١) في في ص وف وم: فيتنصف.

المجموعُ سبعةً بطريقِ العول^(١) من أربعةٍ إلى سبعة^(٢).

وعند محمد ﷺ يعتقُ من الدَّاخلِ ربعه، وهو واحدٌ من أربعة، فتعولُ إلى ستة^(٣). فعندهما يُجعلُ سهامُ العتق، وهي سبعة، ثلثُ المال، ويجعلُ كلُّ عبدٍ سبعة؛ لأنَّ قيمةَ كلِّ عبدٍ تساوي ثلثَ المال، فيعتقُ من الخارجِ اثنان، وهو السُّبعان، ويسعى في خمسةِ أسباعٍ قيمته، وكذا الدَّاخل، وأمَّا الثَّابتُ فيعتقُ منه ثلاثة، وهي ثلاثةُ أسباعه، ويسعى في أربعةِ أسباعٍ قيمته.

وعند محمد ﷺ يجعلُ سهامُ العتق، وهي ستةُ أسهم^(٤) ثلثُ المال، فكلُّ عبدٍ يجعلُ ستةً، فيعتقُ من الخارجِ اثنان، وهو ثلثُ الستة، ويسعى في ثلثي قيمته، ومن الثَّابتِ ثلاثة، وهي نصفُ الستة، ويسعى في النصف، ومن الدَّاخلِ واحد، وهو السُّدُس، ويسعى في خمسةِ أسداسٍ قيمته.

فلو كان قيمةُ كلِّ عبدٍ اثنين وأربعين درهماً، وهي الثلث، فكلُّ المالِ مئة وستة وعشرون، فعندهما يعتقُ من الخارجِ السُّبعان: أي اثنا عشر، ويسعى في خمسةِ أسباعه، وهي ثلاثون، وكذلك الدَّاخل، ويعتقُ من الثَّابتِ ثلاثةُ أسباعه، وهي ثمانية عشر، ويسعى في أربعةِ أسباعه، وهي أربعة وعشرون.

وعند محمد ﷺ يعتقُ من الخارجِ اثنين وأربعين ثلثها، وهو أربعة عشر، ومن الثَّابتِ نصفه، وهو واحد وعشرون، ومن الدَّاخلِ سدسه، وهو سبعة، فمجموعُ سهامِ العتقِ على القولينِ اثنان وأربعون، وهو ثلثُ المال، وسهامُ السُّعَايةِ أربعة وثمانون، وهي ثلثا المال.

(١) العول: هو زيادة في عدد السهام ونقص في مقدارها. ينظر: «التنوير» (٦: ٧٨٦)، و«مسائل من الفقه المقارن» (ص ٦٠).

(٢) بصورة حسابية مبسطة: $\frac{1}{4} + \frac{1}{2} + \frac{1}{2} = \frac{4}{4}$.

(٣) بصورة حسابية مبسطة: $\frac{1}{4} + \frac{1}{2} + \frac{1}{4} = \frac{4}{4}$.

(٤) زيادة من ب و م.

ولو طُلِّقَ كذلك قبل وطءٍ سقط ربعٌ مهرٍ من خرجت، وثلاثة أثمانٍ من ثبت،
وثلثين من دخلت

(ولو طُلِّقَ كذلك قبل وطءٍ^(١) سقط ربعٌ مهرٍ من خرجت، وثلاثة أثمانٍ من
ثبت، وثلثين من دخلت): أي إن كانت له ثلاث زوجات مهرهن على السواء،
فطلقهن قبل الوطء على الصفة المذكورة، فبالإيجاب الأول سقط نصف مهر الواحدة،
متنصفاً^(٢) بين الخارجة والثابتة فسقط ربعٌ مهر كل واحدة، ثم بالإيجاب الثاني سقط
الرُّبع متنصفاً بين الثابتة والدَّاخلَة، فأصاب كل واحدة الثمن فسقط ثلاثة أثمانٍ مهر
الثابتة بالإيجابين، وسقط ثمن مهر الداخل.

ولأنما فرضت المسألة في الطلاق قبل الوطء؛ ليكون الإيجاب الأول موجباً
للثبوت، فما أصابه الإيجاب الأول لا يبقى محلاً للإيجاب الثاني، فيصير في هذا المعنى
كالعتق.

قال بعض المشايخ رحمهم الله: هذا قول محمد رحمهم الله خاصة.
وقيل: هو قولهما أيضاً.

فعلى هذه الرواية لا بُدَّ لهما من الفرق بين العتق والطلاق، وهو أن الإيجاب
الأول في العتق والطلاق أوجب التَّنْصِيفَ بين الخارج والثابت، فلمَّا مات قبل البيان
تبين أن في صورة العتق كما تكلم، صار متنصفاً بينهما؛ لأن الأصل في الإنشاءات أن
يثبت حكمها مقارناً للتكلم بهما إلا أن يمنع مانع^(٣)، ففي العتق إرادة الخارج تعارضها
إرادة الثابت^(٤)، فالإيجاب الأول يوزع بينهما، حتى صار كل واحد معتق البعض، وهذا
عند أبي حنيفة رحمهم الله، أو يصير متردداً بين الحرية والرَّقَّة كالمكاتب، وهذا عند أبي يوسف.

(١) أي مات بلا بيان، ففي المسألة أحكام ثلاثة: المهر والميراث والعدة: أما حكم الميراث فللدَّاخلَة نصف
والنصف بين الخارجة والثابتة نصف وعلى كل منهن عدة الوفاة احتياطاً. ينظر: «مجمع الأنهر» (١):

(٢) في ص و ف و م: متنصفاً.

(٣) كالإبهام والإجمال، فهنا لما كان إيجابه على طريقة الإبهام صار متوقفاً على بيانه ولم يحكم بأمر على
فور تكلمه وبعد موته من غير بيان وعدم تعيين مراده بحكم بأنه كان موجباً للتَّنْصِيف من الاستداء. ينظر:

«عمدة الرعاية» (٢: ٢١٠).

(٤) لأنها متساويان فلا مرجع لإرادة أحدهما على الآخر.

والوطء والموت بيان في طلاق مبهم: كبيع، وموت، وتدير، واستيلاد، وهبة
وصدقة مسلمتين في عتق مبهم دون وطء فيه

فالإيجاب الثاني لا يمكن أن يراد به الإخبار للكذب^(١)، فيكون إنشاءً، فلا بُدَّ من
المحل، فالداخل كله محل، فيعتق منه^(٢) نصفه، والثابت لو كان كله محلاً يعتق بهذا
الإيجاب نصفه، فإذا كان نصفه محلاً يعتق منه ربعه.

وأما في الطلاق فلا يمكن أن يكون كل واحد منهما مطلقاً البعض؛ لأن مطلقاً
البعض مطلقاً كلها، فلم يتنصف الإيجاب الأول، فالمطلقاً إما الخارجة وإما الثابتة^(٣)،
فإن كانت الثابتة طلقت بالأول، فلا حكم للإيجاب الثاني؛ لأنه يمكن أن يراد به
الإخبار، وإن كانت الخارجة، فالإيجاب الثاني يكون دائراً بين الثابتة والداخلية على
السوية، فيثبت ربعه؛ لأن الإيجاب الثاني باطل على أحد التقديرين، وهو إرادة الثابتة
بالإيجاب الأول، وهو صحيح على التقدير الآخر، وهو نصف التقديرين^(٤)،
فيتنصف، ونصف النصف ربع، فيسقط به ثمن المهر.

(والوطء والموت بيان في طلاق مبهم: كبيع، وموت، وتدير، واستيلاد،
وهبة وصدقة مسلمتين في عتق مبهم دون وطء فيه): أي قال لزوجتي: أحداكما
طالق فوطئ أحدهما أو ماتت أحدهما^(٥)، فكل منهما بيان أن المراد هي الأخرى.
أما الوطء فلأن النكاح عقد وضع لحل الوطء، والطلاق وضع لإزالة ملك
النكاح: أي لإزالة حل الوطء، إما في الحال، أو بعد إنقضاء العدة، فالوطء دليل أن
الموطوءة لم تكن مرادة بالطلاق.

(١) أي للإخبار عن حرية الثابت للكذب؛ لأن الثابت ليس بحري يقيناً، بل هو إما معتق البعض، وإما متردد
كالمكتاب. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢١٠).

(٢) زيادة من ص و م.

(٣) ولكنه لما كان واقعاً على أحدهما من كل وجه فإن يقسم نصف المهر عليهما فيقع على كل واحدة
الربع.

(٤) أي يكون واقعاً من وجه دون وجه، فيقع عليها ربع المهر فقط، ويقسم بينهما فيقع على كل واحدة
الثلث.

(٥) أي إذا قال الرجل لامرأته: إذا جاء غد فأحداكما طالق، فوطئ أحدهما، أو ماتت ثم جاء الغد، فإن
غير الموطوءة وغير الميتة تمنع للطلاق. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٢٢٤).

وبأول ولدٍ تلديه ابناً، فانت حرة، إن ولدت ابناً وبتاً، ولم يذَرَ الأولُ عتقَ نصفِ الأمِّ والبنت، والابنُ عبد، ولو شهدا بعثق أحدهما عبده بطلت إلا في الوصية

وأما الموتُ فليما عُرِفَ أن البيان إنشاءً من وجه، فلا بُدَّ له من محلٍّ، "وأنبت لا يصلحُ محلاً للإنشاء".

وإن قال: أحدهما حرٌّ، فباع أحدهما، أو مات أحدهما، أو دبر أحدهما، أو استولد أحدهما، أو وهب أحدهما أو تصدَّق به وسلم، فكلُّ ذلك بيانٌ أن المراد هو الآخر.

أما إن وطئ أحدهما لا يكون بياناً؛ لأنَّ الاعتاق إزالةُ الملك، فالبيعُ ونحوه بدلٌ على أن الملك باقٍ في المبيع، فلا يكون مراداً بالاعتاق.

وأما الوطءُ فلأنَّ الإعتاق لم يوضع لإزالة حلِّ الوطء، بل حلُّ الوطء إنما يزول بتبعية زوال الرِّقِّ، أو زوال ملك الرِّقبة، ولم يزل شيءٌ منهما، وهذا قول أبي حنيفة^(١)، وأما عندهما فالوطء في العتق المبهم بيانٌ أيضاً، لأنَّ الوطء لا يحلُّ إلا في الملك. فبدلٌ على أنَّ الموطوءة ملكه، فلم تكن مرادةً بالإعتاق.

(وبأول ولدٍ تلديه ابناً، فانت حرة، إن ولدت ابناً وبتاً، ولم يذَرَ الأولُ عتقَ نصفِ الأمِّ والبنت، والابنُ عبد)؛ لأنَّ الأولُ إن كان هو الابن، فالأمُّ والبنت حرتان، وإن كانت البنت لم يعتق أحد، فاعتق نصفُ الأمِّ والبنت، وأما الابنُ فهو عبدٌ في كلتا الحالتين.

(ولو شهدا^(٢) بعثق أحدهما عبده بطلت إلا في الوصية) : أي شهدا أنه أعتق أحدهما عبده، فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة^(٣)؛ لعدم المدَّعي^(٤) إلا أن يكون هذا في الوصية، بأن شهدا أنه أعتق أحدهما في مرضٍ موته، أو شهدا على تدبيره في الصحة أو

(١) زيادة من م.

(٢) لأن الملك قائم في الموطوءة؛ لأن الإيقاع في المنكرة، وهي معينة، فكان وطؤها حلالاً، فلا يجعل بياناً؛ ولهذا حلَّ وطؤها على مذهبه إلا أنه لا يفتي به. كما في «الهداية» (٢: ٦٢)، ورُخِّع صاحب «الفتح» (٤: ٥٠٢) و«البحر» (٤: ٢٧٠) قولهما، وقالوا: لا يفتي بقول الإمام لترك الاحتياط وفي «الدر المختار» (٣: ٢٣)؛ وعليه الفتوى.

(٣) أي رجلان على رجلٍ يعتق أحد عبده غير المعين ...

(٤) لأن من له الحق مجهول، والدعوى من المجهول لا تتحقق بنظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢١٣)

وَقُبِلَتْ فِي طَلَاقٍ إِحْدَى نَسَائِهِ لشرطية الدعوى في عتق العبد عند أبي حنيفة

المرض، وأداء الشهادة في مرض موته^(١) أو بعد الوفاة تقبل استحساناً؛ لأنَّ التَّدييرَ والعتق المذكورَ وصية، والخصم: أي المدعي في إثبات الوصية إنما هي الموصي؛ لأنَّ نفعه يعودُ إليه، وهو معلوم، وله خَلْفٌ، وهو الوصي أو الوارث؛ ولأنَّ العتق يشيعُ بالموت، فيكونُ كلُّ واحدٍ من العبدین خصماً متعيّناً^(٢).

أقول: الدليلُ الأوَّلُ مشكل؛ لأنَّ المتنازعَ فيه ما إذا أنكرَ المولى تدييرَ أحدِ عبيده، أو الوارثُ ينكرُ ذلك بعد موتِ المورث، والعبدانِ يريدانِ إثباته، فكيف يقال: إنَّ المدعي هو الموصي، أو نائبه^(٣).

والدليلُ الثاني^(٤) أيضاً مشكل؛ لأنَّه يوجبُ أنَّ الشهادةَ بعتقِ أحدِ عبيده بغيرِ وصيةٍ إن أقيمت بعد الموتِ تقبلُ لشيوعِ العتقِ بالموت^(٥).

وَقُبِلَتْ فِي طَلَاقٍ إِحْدَى نَسَائِهِ لشرطية الدعوى في عتق العبد عند أبي حنيفة

(١) حَقَّقَ هذه المسألة الشرنبلالي في رسالة خاصة سمَّها «إصابة الغرض الأهم في العتق المبهم» اعترض فيها على صاحب «الهداية» وشرَّاحها، وأيده فيما ذهب إليه ابن عابدين في «رد المحتار» (٣: ٢٤)، واللكنوي في «عمدة الرعاية» (٢: ٢١٤)، وخلص إلى أنَّ الشهادة على أنه أعتق أحدهما في المرض أو دبر أحدهما في الصحة أو في المرض لا تقبل حال حياة المولى بل بعد موته.

(٢) هذه الحجة ذكرها صاحب «الهداية» (٢: ٦٣).

(٣) أجاب عن هذا الإشكال ملا خسرو في «درر الحكام» (٢: ١٣): بأن مقتضى القياس أن تُلغى هذه الشهادة أيضاً؛ لجهالة المدعي لكنها تقبل استحساناً؛ لوجود المدعي تقديراً ومدعى عليه تحقيقاً؛ لأنَّ هذا وصية، والخصم في الوصية هو الموصي؛ لأنَّ نفعه يعودُ إليه فيكون مدعياً تقديراً، وعنه خلف يقوم مقامه في المخاصمات وغيرها وهو الوصي أو الوارث فيكون كل منهما مدعى عليه تحقيقاً، فكانَ الموصي ادَّعى على أحدهما حقه، وأقام الشاهدين فيكون الموصي مدعياً من وجه ومدعى عليه من آخر. ولكن اللكنوي في «عمدة الرعاية» (١: ٢١٥) ردَّ هذا وانتصر للشارح.

(٤) زيادة من ب و م.

(٥) قال ابن كمال باشا في «الايضاح» (ق ٦٨/ب): عن «المحيط»: إنه لو شهدا بعد موت المولى أنه قال في صحته وحياته: أحكما حرّاً فلا رواية فيه، واختلفوا على قول الامام، فعلى طريق الوصية لم تقبل يعني لإنعدامها؛ لوقوع كلامه في صحته، وعلى طريق الشيوع تقبل والصحيح أنه تقبل لجواز أن يكون الحكم معلولاً بعلتين فيعدي بأحدهما.

لا الطلاق، وعتق الأمة إن حرم الفرج، فلغت في عتق إحدى أمتيه؛ لعدم التحريم.
باب الحلف بالعتق

ويعتق بأن دخلت الدار فكل عبد لي يومئذ حر، من له حين دخل ملكه بعد حلفه أو قبله، وبلا يومئذ من له وقت حلفه فقط، مثل: كل عبد لي أو أملكه حر بعد غد
عنده

لا الطلاق، وعتق الأمة إن حرم الفرج^(١)، فلغت في عتق إحدى أمتيه؛ لعدم التحريم: أي قبلت الشهادة في طلاق إحدى نسائه، وهذا الفرق، وهو عدم قبول الشهادة في عتق أحد العبدین، والقبول في طلاق إحدى النساء، إنما هو عند أبي حنيفة رضي الله عنهما، فإن الشهادة مقبولة عندهما في الصورتين، وإنما فرق أبو حنيفة رضي الله عنهما لأن الدعوى شرط في عتق العبد عند أبي حنيفة رضي الله عنهما دون الطلاق؛ لأن في الطلاق تحريم الفرج، وهو حق الله تعالى، فلا يشترط الدعوى، وفي العبد يشترط الدعوى، فإذا لم يكن المدعي، وهو أحد العبدین متعيناً لا يصح الدعوى.

وأما عتق الأمة فلا يشترط فيه الدعوى عند أبي حنيفة رضي الله عنهما إذا كان فيه تحريم الفرج، أما إذا لم يكن فيشترط، ففي عتق إحدى الأمتين لغت الشهادة، إذ ليس فيه تحريم الفرج عند أبي حنيفة رضي الله عنهما، فلا بُدَّ من الدعوى، فإذا لم يكن المدعي متعيناً لم يصح الدعوى، فلغت الشهادة.^(٢) والله أعلم.

باب الحلف بالعتق

(ويعتق بأن دخلت الدار^(٣) فكل عبد لي يومئذ حر، من له حين دخل ملكه بعد حلفه أو قبله، وبلا يومئذ من له وقت حلفه فقط، مثل: كل عبد لي أو أملكه حر بعد غد عنده)، فقوله مثل: كل عبد لي؛ أي كما يعتق من له وقت حلفه فقط في

(١) الحاصل أن في الطلاق تقبل الشهادة حسبة مطلقاً؛ لأنه من حقوق الله، وأما عتق الأمة فإنه حرم الفرج كما في عتق معين تقبل فيه بلا دعوى؛ لأن حرمة الفرج من حقوق الله، وإن لم يحرم لا تقبل كما في عتق أحد أمتيه على رأي أبي حنيفة رضي الله عنهما؛ لما مر من أنه يحرم في هذه الصورة الوطء بواحدة منهما خلافاً لهما، وقد مر أن المعتمد قولهما. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢١٦).

(٢) زيادة من م.

(٣) زياد من أ وب و س و م.

لا الحمل بكل مملوك لي ذكر حر، وإن ولدته لأقل من نصف سنة، ودبر بكل عبد لي أو أملكه حر بعد موتي من له يوم قال، لا من ملكه بعده، وإن مات عتقا من الثلث.

لباب العتق على جعلاً

ومن أعتق على مال أو به فقبل عتق، والمال دين عليه، يكفل به بخلاف بدل الكتابة قوله: كل عبد لي أو أملكه حر بعد غدر عنده: أي يعتق عند بعد الغدر، (لا الحمل^(١) بكل مملوك لي ذكر حر، وإن ولدته لأقل من نصف سنة)^(٢)، وإنما قيد بالذكر؛ لأنه لو لم يقيد يعتق الحمل بتبعية الأم^(٣).

(ودبر بكل عبد لي أو أملكه حر بعد موتي من له يوم قال، لا من ملكه بعده)، فقوله: من له يوم قال: مفعول قوله: ودبر^(٤). (وإن مات عتقا من الثلث)^(٥)، اعلم أنه لما أضاف العتق إلى الموت، فمن حيث إنه إيجاب العتق يتناول المملوك في الحال، فيصير مدبراً؛ لتعليقه بالموت، فلا يجوز بيعه، ومن حيث إنه إيجاب بعد الموت، يصير وصية، فيتناول ما يملكه بعد هذا القول؛ لأن الاعتبار في الوصايا الملك حالة الموت، فلا يكون مدبراً؛ لأنه لا يوجد زمان الإيجاب حتى يستحق العتق، فيجوز بيعه.

لباب العتق على جعلاً

ومن أعتق على مال أو به فقبل عتق، والمال دين عليه، يكفل به بخلاف بدل (الكتابة) صورته أن يقول: أنت حر على ألف، أو بألف فقبل عتق، والمال دين عليه، فنصح الكفالة به؛ لأنه دين صحيح؛ لكونه ديناً على حر بخلاف بدل الكتابة، فإنه دين على عبده.

(١) لأن العبد لا يتناول الحمل، في قوله: كل عبد لي ذكر حر.

(٢) ليس قيداً احترازياً؛ لأنه لا فرق بين أن تلده لأقل من ستة أشهر أو لأكثر بل لكون وجود الحمل وقت الحلف متيقناً. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٥١٧).

(٣) أي تعتق الأم فيعتق الولد تبعاً لها.

(٤) ودبر في المتن ماضي معروف من التدبير، والظاهر الأصوب أنه على صيغة اسم المفعول، وقوله: من له مفعول ما لم يسمى فاعل الذي يقال له نائب الفاعل، ويمكن أن يكون هو المراد من قول الشارح: مفعول. ينظر: «العمدة» (٢: ٢١٨).

(٥) أي عتق الأول بسبب التدبير، وعتق الثاني بسبب إضافة العتق إلى الموت. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٥٢٧).

والمعلق عتقه بالأداء ماذون إن أدى عتق لا مكاتب، ويقيد أداة بالمجلس إن علق: بأن، وإذا لا، ورجع المولى عليه إن أدى مما كسبه قبل التعليق لا مما بعده، وعتق في حاله، وإن خلى بينه وبينه، لا إن أدى بعضه، وإن نُزِّلَ قابضاً في فصله، وفي أنت حر بعد موتي بألف، إن قبل بعد موته واعتقه الوارث عتق وإلا فلا

(والمعلق عتقه بالأداء ماذون إن أدى عتق لا مكاتب)^(١)؛ صورته أن يقول: إن أديت إلي كذا، فأنت حر، فإنه يصير ماذوناً بالتجارة؛ لتمكن من أداء المال، (ويقيد أداة بالمجلس إن علق: بأن، وإذا لا)^(٢)؛ أي لا يقيد بالمجلس، (ورجع المولى عليه إن أدى مما كسبه قبل التعليق)^(٣) لا مما بعده، وعتق في حاله؛ أي في حال أدائه مما كسبه قبل التعليق، وحال أدائه مما كسبه بعده، (وإن خلى بينه وبينه)؛ أي بين المولى وبين المال، بأن وضع المال في موضع يتمكن المولى من أخذه، وقوله: وإن خلى، يتصل بقوله: وعتق، أي يعتق وإن كان الأداء بطريق التخلية؛ أي الأداء يحصل بالتخلية.

(لا إن أدى بعضه): أي لا يعتق إن أدى بعضه، (وإن نُزِّلَ قابضاً في فصله)، يتصل بما ذكر من العتق بأداء الكل وعدم العتق بأداء البعض، فإنه يعتق في الفصل الأول، ولا يعتق في الفصل الثاني مع أنه يُنزل قابضاً في كلا الفصلين، وإنما قال هذا؛ لأن عند بعض المشايخ عليه السلام إن أدى البعض لا يجبر على القبول، فعلى هذه الرواية إن أدى البعض بطريق التخلية لا يُنزل المولى منزلة القابض، لكن المختار أنه يكون قابضاً، لكنه لا يعتق؛ لأن شرط العتق أداء الكل؛ فلا يعتق لهذا المعنى، لا لأنه لم يصر قابضاً، بل صار قابضاً للبعض.

(وفي أنت حر بعد موتي بألف، إن قبل بعد موته واعتقه الوارث عتق)^(٤) وإلا فلا

(١) لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإنما صار ماذوناً؛ لأن المولى رغبه في الاكتساب بطلبه الأداء منه. ومراده التجارة لا التكدي، فكان إذن له دلالة، فجاز بيعه، ولا يكون العبد أحق بمكاسبه حتى جاز للمولى أخذاً منه بلا رضا بخلاف المكاتب. وقامه في «درر الحكام» (٢: ١٥).

(٢) لأنه لا يستعمل للوقت كمتى.

(٣) لأنه مال استحقه المولى، أما ما بعده فلا يرجع لأنه ماذون بالأداء منه. ينظر: «شرح ابن ملك» (١٢٧: ١٢٧/ب).

(٤) والولاء للوارث، فيرثه عصبته المتعصبون بأنفسهم دون الإناث، ولو كان الولاء للورثة ابتداءً لدخل به الإناث. ينظر: «حاشية الطحطاوي» (٢: ٣٠٩).

ولو حرّره على خدمته سنة فقبل عتق، وخدمة مدته، فإن مات مولاه قبلها نجب قيمته، وعند محمد عليه السلام قيمة خدمته كبيع عبد منه بعين فهلكت نجب قيمته، وعند محمد عليه السلام قيمتها

أي لا يعتق بالمال المذكور^(١)، وإنما قيّدت بهذا القيد؛ لأنه قال: وإلا فلا؛ أي إن لم يوجد المجموع، وهو القبول بعد الموت، وإعتاق الوارث لا يعتق، فيشمل ما إذا قبل بعد الموت، لكن الوارث لم يعتقه، فحينئذ لا يعتق، فيصدق أن يقال: لا يعتق بالمال المذكور، ويشمل ما إذا لم يقبل بعد الموت، ولكن الوارث أعتقه فحينئذ يصدق أيضاً؛ أنه لا يعتق بالمال المذكور، ولا يصدق أن يقال: أنه لا يعتق ضرورة، أنه يعتق مجاناً.

(ولو حرّره على خدمته سنة فقبل عتق، وخدمة مدته): أي وجب عليه الخدمة عليه في المدة المذكورة، والضمير^(٢) في مدته يرجع إلى العبد، أضاف المدة إليه بأدنى ملازمة: أي مدة ضربت له، ومدتها في نسخة بخط المصنف عليه السلام يعني مدة الخدمة، أي مدة ضربت للخدمة.

(فإن مات مولاه قبلها): أي قبل المدة، (نجب قيمته): أي قيمة العبد، (وعند محمد^(٣)) قيمة خدمته كبيع عبد منه بعين فهلكت نجب قيمته،^(٤) وعند محمد عليه السلام قيمتها: أي الاختلاف في مسألة مدة الخدمة بناءً على الاختلاف في هذه المسألة^(٥)، وهي ما إذا قال لعبده: بعث نفسك منك بهذه العين، كتوب معين، فهلكت العين، نجب قيمة العبد.

(١) وإن جاز أن يعتقه الوارث مجاناً. ينظر: «الدر المنثور» (١: ٥٣٠).

(٢) لما كان يرد هاهنا أن ضمير مدته راجع إلى الخدمة؛ لأن المدة لا تضاف حقيقة إلا إلى المظروفات، فيقال: مدة الخدمة، ومدة العتق، ومدة الصلاة إلى غير ذلك مما وجه تذكير الضمير، أشار الشارح عليه السلام إلى دفعه بأن الضمير راجع إلى العبد والاضافة إليه لأدنى مناسبة، وقد يدفع الإيراد بعد تسليم أن الضمير راجع إلى الخدمة بأن تانيث المصدر، وما تاؤه ليست زائدة عليه لا يعتد به، فيذكر الضمير الراجع إليه كثيراً. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢٢١).

(٣) ويقول محمد نأخذ، كما «الجامع القدسي»، وأقره صاحب «البحر» (٤: ٢٨٣)، و«النهر»، و«النذر المختار» (٣: ٢٩).

(٤) في ت وج و س و ص و ف و ق: عنده.

(٥) هذا ما قاله صاحب «الهداية» (٢: ٦٦)، وغيره، لكن قال ابن الهمام في «الفتح» (٥: ١٥): ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس بأولى من عكسه، بل الخلاف فيهما معا ابتدائي، وأيده اللكنوي في «عمدة الرعاية» (١: ٢٢١) بأنه يدل عليه صنيع المصنف لا الشارح.

وفي: أعتقها بالفر على أن تزوجنيها، إن فعل وأبت عتقت ولا شيء على أمره، ولو ضم: عني؛ قسّم الألف على قيمتها ومهرها، ونجبت حصّة القيمة، فلو نكحت فحصة مهرها مهرها في وجهيه

وعند محمد رحمه الله قيمة العين؛ لتعذر الوصول إلى البدل هاهنا، كما في تلك الصورة، وإنما نجبت قيمة العين عنده؛ لأن العين بدل شيء ليس بمال وهو العتق، والعتق لا قيمة له فتجبت قيمة العين.

ولهما: إن العين بدل نفس العبد، فصار كما إذا باع عبداً بجارية، فمات العبد، لم يفسخ العقد في الجارية، تجبت قيمة العبد.

(وفي: أعتقها بالفر على أن تزوجنيها، إن فعل وأبت عتقت ولا شيء على أمره): أي قال رجل لآخر: أعتق أمّتك بالفر عليّ بشرط أن تزوجنيها، فأعتقها المولى، وأبت الجارية التزوج، فلا شيء على الأمر؛ لأن اشتراط البدل على الغير لا يجوز في العتق.

(ولو ضم: عني؛ قسّم الألف^(١) على قيمتها ومهرها، ونجبت حصّة القيمة):

أي لو قال: أعتق أمّتك عني بالفر، وباقي المسألة بحالها، فإنه يقع الاعتاق عن الأمر بطريق الاقتضاء، كما عرفت^(٢) فيقسّم الألف على قيمتها ومهر مثلها، ففرضنا أن قيمتها ألف ومهر مثلها خمسمئة، فيقسّم الألف على ألف وخمسمئة، فنلث الألف حصّة القيمة، ونلثه حصّة مهر المثل، فوجب عليه أداء ثلثي الألف إلى المولى، وسقط عنه ثلث الألف؛ لأنه قابل الألف بالرقبة شراءً، وبالبضع نكاحاً، فسلم له الرقبة دون البضع، فوجب حصّة ما سلم له، ولم يجب حصّة ما لم يسلم له.

(فلو نكحت فحصة مهرها مهرها في وجهيه)، هذا الذي ذكرنا إنّما هو على تقدير الإبراء، أمّا إذا لم تأب ونكحت، فمهرها حصّة مهر المثل من الألف، وهو ثلث الألف فيما فرضناه، وقوله: في وجهيه: أي فيما لم يقل: عني، وفيما قال: عني.

(١) زيادة من م.

(٢) أي في أمثال الطلاق السابق ذكرها.

باب التدبير والاستيلاء

مَنْ أَعْتَقَ عَنْ دُبُرٍ مطلقاً بِإِذَا مِتْ فانت حرٌّ، أو أنت حرٌّ عن دُبُرٍ مَنِي، أو أنت مدبّرٌ، أو دُبُرُكَ، أو إن مِتْ إلى مئة سنة وغَلَبَ موثُّه قبلها فمدبّرٌ، لا يباع ولا يوهب، ويستخدم، ويستاجر، والأمة توطأ وتنكح

باب التدبير والاستيلاء

(مَنْ أَعْتَقَ عَنْ دُبُرٍ مطلقاً بِإِذَا مِتْ فانت حرٌّ، أو أنت حرٌّ عن دُبُرٍ مَنِي، أو أنت مدبّرٌ، أو دُبُرُكَ، أو إن مِتْ إلى مئة سنة وغَلَبَ موثُّه قبلها فمدبّرٌ)، فقولُه: مَنْ أَعْتَقَ: مبتدأ، وخبرُه: مدبّرٌ.

واعلم أنّه قال في «الهداية»: إنّ التدبير إثبات العتق عن دُبُرٍ^(١). وإنّما فسّره بهذا رعاية لموضع اشتقاق التدبير؛ فلهذا قال «المتن»: مَنْ أَعْتَقَ عَنْ دُبُرٍ.

وإنّما قال: مطلقاً؛ احترازاً عن المقيد. فالمطلق: أن يُلَقَّ العتق بموت مطلق، أو مقيد بقيد يكون الغالب وقوعه. والمقيد: أن يُلَقَّه بموت مقيد بقيد لا يكون كذلك عادة، نحو: إن مِتْ في مرضي هذا فهو حرٌّ.

فقولُه: إن مِتْ إلى مئة سنة؛ وهو ابنُ ثمانين سنة مثلاً، وإن كان في الصورة مقيداً فهو في المعنى مطلق؛ لأنّ الغالب أن يموت قبل هذه المدة.

فقولُه: إن مِتْ إلى مئة سنة؛ يكون بمنزلة قولِه: إن مِتْ، فيكون في حكم المطلق. وقولُه: إن مِتْ إلى مئة سنة تقديرُه: إن مِتْ في وقتٍ من هذا الزمان إلى مئة سنة. ثمّ شرّع في حكم المدبّر، فقال: (لا يباع ولا يوهب، ويستخدم، ويستاجر، والأمة توطأ وتنكح): هذا عندنا^(٢)، وأمّا عند الشافعي^(٣) فيجوز انتقاله من ملك إلى ملك.

(١) انتهى من «الهداية» (٢: ٦٧). بتصرف يسير.

(٢) لأن ملك المولى ثابت له، وبه تستفاد هذه التصرفات من غير إبطال حقّ العبد، وولد المدبرة مدبرة ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٢٢٩).

(٣) ينظر: «التنبيه» (ص ٩٧)، و«المنهاج» وشرحه «مفني المحتاج» (٣: ٥١٢).

فإن مات سيده عتق من ثلث ماله، وسعى في ثلثيه إن لم يترك غيره، وفي كله إن استغرق دينه، وبيع إن قال له: إن مت في سفري، أو مرضى هذا، أو إلى سنة، أو نحوها مما يمكن غالباً، وعتق إن وجد شرطه كعتق المدبر، وأمة ولدت من سيدها، أو من زوج فملكها صارت أم ولد، وحكمها كالمدبرة إلا أنها تعتق عند موته من كل ماله، ولم تسع لدينه، ولا يثبت نسب ولدها إلا أن يقر به، فإن أقر فولدت آخر يثبت نسبه بلا دعوة، وانتهى بنفيه

(فإن مات سيده عتق من ثلث ماله، وسعى في ثلثيه إن لم يترك غيره، وفي كله إن استغرق دينه)؛ لأنه لما كان إيجاباً بعد الموت كان له حكم الوصية.

(وبيع إن قال له: إن مت في سفري، أو مرضى هذا، أو إلى سنة، أو نحوها مما يمكن غالباً، وعتق إن وجد شرطه كعتق المدبر).

فقوله: وبيع: أي صح بيعه، وكذا جميع ما يوجب الانتقال من ملك إلى ملك. وقوله: مما يمكن غالباً: أي مما لا يكون وقوعه واجباً في الغالب، ذكر الإمكان وأراد التردد.

... (١) (وأمة ولدت من سيدها، أو من زوج فملكها صارت (٢) أم ولد، وحكمها كالمدبرة إلا أنها تعتق عند موته من كل ماله، ولم تسع لدينه، ولا (٣) يثبت نسب ولدها إلا أن يقر به، فإن أقر فولدت آخر يثبت نسبه بلا دعوة، وانتهى بنفيه). اعلم أن الفراش: إما ضعيف، أو متوسط، أو قوي.

فالضعيف: هي الأمة فلا يثبت نسب ولدها إلا بدعوة سيدها، فإذا ادعى صارت أم ولد، وهي الفراش المتوسط، ويثبت نسب ولدها بلا دعوة؛ لكنه ينتهي بنفيه، والفراش القوي هي المنكوحة، فيثبت نسب ولدها بلا دعوة، ولا ينتهي بالثقي، بل يجب اللعان (٤).

(١) في م زيادة باب الاستيلاء.

(٢) زيادة من أوب وس وم.

(٣) في ق: ولم.

(٤) مر معنا سابقاً في باب ثبوت النسب من كتاب النكاح أن هناك فراشاً رابعاً أيضاً، وهو: فراش أفوى: كفراش معتلة البائن، فإن الولد لا ينتهي فيه أصلاً؛ لأن نفيه متوقف على اللعان وشرط اللعان الزوجية، ينظر: «رد المحتار» (٣: ٥٤٩) ع.

وأم ولد الثصراني إذا أسلمت تسمى في قيمتها، وتعتق بعدها إن عرض عليه الإسلام فأبى. وهي بحالها إن عرض فأسلم، فإن ادعى ولد أمة مشتركة يثبت نسبه منه، وهي أم ولد وضمن نصف قيمتها، ونصف عقرها لا قيمة ولديها، وإن ادعيها معاً، فهو منهما، وهي أم ولد لهما، وعلى كل نصف

(وأم ولد الثصراني إذا أسلمت تسمى في قيمتها، وتعتق بعدها): أي بعد السعاية^(١)، (إن عرض عليه الإسلام فأبى. وهي بحالها إن عرض فأسلم): أي تكون أم ولد له كما كانت.

(فإن ادعى ولد أمة مشتركة): أي بين المدعي وبين آخر (يثبت نسبه منه، وهي أم ولد وضمن نصف قيمتها، ونصف عقرها^(٢) لا قيمة ولديها): لأنه لما استولت الجارية يثبت النسب في النصف لمصادفته ملكه، فيثبت في الباقي ضرورة أن النسب لا يتجزأ؛ لأن الولد لا يتعلق من مائتين، فيلزم تملك الباقي، فيجب عليه نصف قيمتها، وأيضاً نصف عقرها؛ لحرمة الوطء بخلاف وطء جارية الابن، فإن قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»^(٣) لا يراد به المعنى الحقيقي، وهو أن يكون ملكاً للأب ضرورة كونه ملك الابن يدل عليه قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» فيراد به المعنى المجازي، وهو حل الانتفاع، فتصير قبيل الوطء ملكاً للأب؛ ليكون الوطء حلالاً، فلا يجب عليه^(٤) العقر. وفي مسألتنا وقع الوقاع في محل بعضه ملك الغير، ولا سبب لحل الوطء فيحرم، فيجب العقر، والتملك يثبت ضرورة ثبوت النسب منه، فيثبت قبيل العلوق، لكن بعد ابتداء الوطء، فلا يجب قيمة الولد.

(وإن ادعيها معاً، فهو منهما)، خلافاً للشافعي ﷺ، فإن عنده يرجع إلى قول القائف، وهو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء، (وهي أم ولد لهما، وعلى كل نصف

(١) لتعذر إيقانها في ملك المولى ويده بعد إسلامها وإصراره على الكفر، فتخرج إلى الحرية بالسعاية، وهو لأن ملك الذمي محترم فلا يمكن إزالته مجاناً. ينظر: «المبسوط» (٧: ١٦٨).

(٢) العقر: هو مهر مثلها في الجمال: أي ما يرغب به في مثلها جمالاً فقط. ينظر: «رد المحتار» (٣: ٤٠).

(٣) سبق تخريجه (ص ٤٦).

(٤) زيادة من م.

عقرها، وتقاصاً، ويرث من كل إرث ابن، وورثا منه إرث أب، وإن أذى ولد أمة مكاتب لزمة عقرها، ونسب الولد قيمته لا الأمة إن صدقه مكاتبه وإلا لا يثبت نسبه إلا إذا ملكهما

عقرها، وتقاصاً^(١)، ويرث من كل إرث ابن؛ لأن المقر يؤخذ بإقراره، (وورثا منه إرث أب)؛ لأن الأب أحدهما، لكنه غير معلوم فيوزع ميراث الأب عليهما. (وإن أذى ولد أمة مكاتب^(٢) لزمة عقرها، ونسب الولد قيمته)؛ لأنه وطئ معتمداً على الملك، فيكون ولده ولد المغرور^(٣)، وهو ثابت النسب، وهو حر بالقيمة، (لا الأمة)؛ أي لا تصير الأمة أم ولد له إذ لا ملك له فيها حقيقة، (إن صدقه مكاتبه)؛ أي إنما يثبت النسب إن صدق المكاتب المولى، وعند أبي يوسف رحمته الله لا يشترط تصديق المكاتب المولى، (وإلا لا يثبت نسبه إلا إذا ملكهما)؛ أي إن لم يصدق المكاتب المولى لا يثبت النسب إلا إذا ملك المولى الولد يوماً^(٤). «والله أعلم».



(١) لعدم فائدة الاشتغال بالاستيفاء إلا إذا كان نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر فيأخذ منه الزيادة إذ المهر يجب لكل واحد منهما بقدر ملكه فيها بخلاف البنوة والإرث منه حيث يكون لهما على السواء لأن النسب لا يتجزأ وهو في الحقيقة لأحدهما فيكون بينهما على السواء؛ لعدم الأولوية ينظر: «التبيين» (٣) : (١٠٦).

(٢) قيد بأمة المكاتب؛ لأنه لو وطئ المكاتب فجاءت بولد فادّعاء ثبت نسبه ولا يشترط تصديقها؛ لأن رقبته مملوكة له بخلاف كسبها. ينظر: «البحر» (٤) : (٣٠٠).

(٣) هو ولد من تزوج أمة ظاناً أنها حرة فولد ثابت النسب منه، وأمه ليس بأم ولد له ويكون الولد حراً بأداء قيمته إلى مولى الزوجة. ينظر: «العمدة» (٢) : (٢٢٩).

(٤) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب. ينظر: «البحر» (٤) : (٣٠٠).

(٥) زيادة من ف وق.

كتاب الأيمان

وهي ثلاث، فحلفه على فعلٍ أو تركٍ ماضٍ كاذباً عمداً غموس

كتاب الأيمان

اليمين^(١) تقوي الخبرَ بذكرِ الله، أو التعليق^(٢)، (وهي ثلاث): أي الأيمانُ التي اعتبرها الشرعُ ورثبَ عليها الأحكام ثلاث، وإنما قلنا هذا؛ لأنَّ مطلقَ اليمينِ أكثرُ من الثلاث، كاليمينِ على الفعلِ الماضي صادقاً، وعَيْنًا بترثبِ الأحكام عليها ترثبِ المؤاخذه على الغموس، وعدمِها على اللغو، والكفارة على المنعقدة.

(فحلفه على فعلٍ أو تركٍ ماضٍ كاذباً عمداً غموس)، يمكن أن يرادَ بالفعل مصطلحُ أهلِ النحاة^(٣)، أو مصطلحُ أهلِ الكلام^(٤)، وهو المصدرُ أعمُّ من أن يكون قائماً بالعقلاء أو بالجمادات، نحو: والله لقد هبَّتْ الرياحُ.

فإن قلتَ إذا قيل: والله إن هذا حجر، كيف يصحُّ أن يقال: هذا الحلفُ على الفعل.

قلتُ: يقدَّرُ كلمةُ كان، أو يكون إن أريدَ في الزَّمانِ الماضي، أو المستقبل^(٥).

(١) اليمين: عبارة عن عقد قوي به عزم الخالف على الفعل أو الترك. ينظر: «التنوير» (٣: ٤٥).

(٢) التعليق: وهو تعليق الجزاء بالشرط نحو إن فعلت فكذا، أو إن لم أفعل فكذا، والمقصود منه تقوية عزم الخالف على الفعل أو الترك، وهذا ليس بيمين وضعاً، وإنما سمي بها عند الفقهاء لحصول معنى اليمين به وهو الحمل أو المنع. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٢٨).

(٣) ويرد عليه أن مقابلة الفعل بالترك تأتي حمل الفعل على الفعل النحوي، فالأولى أن يحمل على المعنى اللغوي. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢٣٠).

(٤) وفي مصطلح أهل الكلام إما أن يراد به ما هو بالإخبار فيأباه شموله فعل الجماد، وإما أن يراد التأثير فلا يشمل الانفعالات، وكون الشيء حجراً مع أنه صرح بشموله فالأولى أن يراد الفعل الذي قال. ينظر: «حاشية عصام الدين» (ق/١٤١).

(٥) المشهور في عبارة القوم أن الغموس حلف على فعل أو ترك ماضٍ كاذباً عمداً، وقد صرح شراح «الهداية» وغيرهم: إن ذكر الفعل والمضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب، فلا حاجة إلى تكلف ارتكبه صدر الشريعة حيث قال: فإن قلت إذا قيل: والله إن هذا حجر... على أن اعتبار الماضي أو الاستقبال في هذا الحلف باطل لتعَيّن إرادة الحال. فتدبر. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٢٨).

بائمه، أو ظاناً أنه حق، وهو ضده لغو، يرجى عفو، وعلى آتٍ منعقة

والمراد بالترك: عدم الفعل.

وقوله: كاذباً؛ حال من الضمير في قوله: فحلفه.

ثم بين حكم الغموس بقوله: (بائمه) ^(١).

ثم عطف على قوله كاذباً، قوله: (أو ظاناً أنه حق، وهو ضده لغو).

ثم بين حكمه بقوله: (يرجى عفو).

ثم عطف على فعل أو ترك قوله: (وعلى آتٍ منعقة)، الأحسن أن يقال:

وآتٍ منعقة بلا كلمة: على؛ ليكون معطوفاً على ماض، فإنه إذا ذكر لفظ على،

يكون معطوفاً على فعل أو ترك، ثم لا بد أن يقدّر لقوله: آتٍ؛ موصوف، وهو فعل

أو ترك، فيكون فيه إطناب مع وجوب تقدير ما ليس بمذكور، ولو أسقط لفظه: على،

حتى يكون عطفاً على ماض، ففيه إيجاز بلا احتياج إلى ^(٢) تقدير شيء غير ملفوظ.

فإن قلت: الحلف كما يكون على الماضي والآتي، يكون على الحال أيضاً، فلم

لم يذكره، وهو من أي قسم من أقسام الحلف.

قلت ^(٣): إنما لم يذكره لمعنى دقيق، وهو أن الكلام يحصل أولاً في النفس، فيعبر

عنه باللسان، فالإخبار المتعلق بزمان الحال إذا حصل في النفس، فيعبر عنه باللسان،

فإذا تم التعبير باللسان انعقد اليمين، فزمان الحال صار ماضياً بالنسبة إلى زمان انعقاد

اليمين، فإذا قال: كتبت بالقلم ^(٤) لا بد من الكتابة قبل ابتداء التكلم، وإذا قال: سوف

أكتب لا بد من الكتابة بعد الفراغ من التكلم، بقي الزمان من ابتداء التكلم إلى آخره،

فهو زمان الحال

(١) ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار؛ لأنه من الكبائر بالنص الصحيح. ينظر: «الدر المنقى» (١):

(٢) زيادة من م.

(٣) قال ملا خسرو بعد ذكر كلام الشارح بطوله في «درر الحكام» (٢: ٣٩): بل الصواب في الجواب أن

يقال: لا وجه لهذا السؤال بعدما قال أولاً إن مطلق اليمين أكثر من الثلاث، فتدبر. وفي «المختار» (٣):

(٢٨٥): الغموس: وهي الحلف على أمر ماض أو حال يعتمد فيها الكذب فلا كفارة فيها.

(٤) زيادة من م.

وَكَفَّرَ فِيهِ فَقَطْ إِنْ حَنَثَ، وَلَوْ سَهْواً أَوْ كَرْهاً : حَلَفَ أَوْ حَنَثَ، وَالْقَسَمَ بِاللَّهِ أَوْ بِاسْمِ مَنْ أَسْمَايِهِ: كَالرُّحْمَنِ، وَالرُّحِيمِ، وَالْحَقِّ . أَوْ بِصِفَةٍ يُخَلِّفُ بِهَا مِنْ صِفَاتِهِ : كَعَزَّةِ اللَّهِ، وَجَلَالِهِ، وَكِبْرِيَاءِهِ، وَعَظَمَتِهِ، وَقُدْرَتِهِ. لَا بَغِيرَ اللَّهِ: كَالنَّبِيِّ، وَالْقُرْآنِ، وَالْكَعْبَةِ. بِحَسَبِ الْعَرَفِ، وَهُوَ مَاضٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى آنِ الْفَرَاغِ، وَهُوَ الْآنَ الَّذِي يَكُونُ فِيهَا^(١) انْعِقَادُ الْيَمِينِ فَيَكُونُ الْحَلْفُ عَلَيْهِ الْحَلْفُ عَلَى الْمَاضِي.

(وَكَفَّرَ فِيهِ فَقَطْ إِنْ حَنَثَ): إِنَّمَا قَالَ: فَقَطْ؛ احْتِزَازاً عَنِ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ^(٢) مِنَ الْكُفَّارَةِ فِي الْغَمُوسِ.

(وَلَوْ سَهْواً أَوْ كَرْهاً: حَلَفَ أَوْ حَنَثَ)، يَعْنِي تَجِبُ الْكُفَّارُ وَإِنْ كَانَ الْحَلْفُ بِطَرِيقِ السَّهْوِ، أَوْ بِالْإِكْرَاهِ خِلَافاً لِلشَّافِعِيِّ^(٣).

وَقَالَ فِي «الْهِدَايَةِ»: الْقَاصِدُ فِي الْيَمِينِ وَالْمُكْرَهُ وَالنَّاسِي سَوَاءٌ^(٤).

وَالْمُرَادُ بِالنَّاسِي: السَّاهِي^(٥)، وَهُوَ الَّذِي حَلَفَ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ، كَمَا يُقَالُ: أَلَا تَأْتِينَا، فَقَالَ: بَلَى وَاللَّهِ، مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ الْيَمِينِ.

وَكَذَا إِنْ كَانَ الْحَنَثُ بِطَرِيقِ السَّهْوِ وَالْإِكْرَاهِ تَجِبُ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ الْحَقِيقِيَّ لَا يَعْدُمُهُ السَّهْوُ وَالْإِكْرَاهُ، وَكَذَا الْإِغْمَاءُ وَالْجُنُونُ، فَتَجِبُ الْكُفَّارَةُ بِالْحَنَثِ كَيْفَمَا كَانَ.

(وَالْقَسَمَ بِاللَّهِ أَوْ بِاسْمِ مَنْ أَسْمَايِهِ: كَالرُّحْمَنِ، وَالرُّحِيمِ، وَالْحَقِّ)^(٦).

أَوْ بِصِفَةٍ يُخَلِّفُ بِهَا مِنْ صِفَاتِهِ: كَعَزَّةِ اللَّهِ، وَجَلَالِهِ، وَكِبْرِيَاءِهِ، وَعَظَمَتِهِ، وَقُدْرَتِهِ.

لَا بَغِيرَ اللَّهِ: كَالنَّبِيِّ، وَالْقُرْآنِ، وَالْكَعْبَةِ.

(١) فِي أَوْ بَ وَ سَ وَ صَ وَ فَ: آنَ.

(٢) يَنْظُرُ: «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٤: ٢٤٠)، وَ«مَغْنَى الْمُحْتَاجِ» (٤: ٣٢٥)، وَغَيْرُهُمَا.

(٣) يَنْظُرُ: «النَّبِيَّة» (ص ١٢٢)، وَ«نَحْفَةُ الْمُحْتَاجِ» (١٠: ٣)، وَ«نَحْفَةُ الْحَيِّبِ» (٤: ٣٥٦)، وَغَيْرُهَا.

(٤) انْتَهَى مِنْ «الْهِدَايَةِ» (٧٢).

(٥) جَزَمَ كَثِيرٌ بِاتِّحَادِ السَّهْوِ وَالنِّسْيَانِ؛ لِأَنَّ اللَّغَةَ لَا تَفْرُقُ بَيْنَهُمَا، وَفَرَقَ بَيْنَهُمَا كَثِيرٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ، وَفِيهِ كَلَامٌ

لَطِيفٌ يَطُولُ الْمَقَامُ لَوْ ذَكَرَ، فَيَحْسُنُ لِلْوُقُوفِ عَلَيْهِ الرَّجُوعُ إِلَى «التَّقْرِيرِ وَالتَّجْوِيزِ» (٢: ١٧٧)، وَ«رَدِّ

الْمُحْتَارِ» (٣: ٤٩)، وَ«عِمْدَةُ الرِّعَايَةِ» (٢: ٢٢٣)، وَغَيْرُهَا.

(٦) جَمِيعُ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْحَلْفِ عَلَى السَّوَاءِ تَعَارَفَ النَّاسُ لِلْحَلْفِ بِهَا أَوْ لَمْ يَتَعَارَفُوا. يَطْرُقُ

«الْمَحِيطُ» (ص ٤١).

ولا بصفة لا يُخْلَفُ بها عرفاً: كرحمته، وعلمه، ورضائه، وغضبه، وسخطه، وعذابه. وقوله: لَعَمْرُ اللَّهِ، وأيمُ الله، وعهدُ الله، وميثاقه. وأقسم، وأحلف، وأشهد وإن لم يقلْ بالله. وعليّ نذر، أو يمين، أو عهد، وإن لم يضاف إلى الله. وإن فعلَ كذا فهو كافر، وإن لم يَكْفُرْ علقه بماضٍ أو آت، وسَوَكَنْدُ ميخورَمَ بِخُذَائِي قسم ولا بصفة لا يُخْلَفُ بها عرفاً: كرحمته، وعلمه، ورضائه، وغضبه، وسخطه، وعذابه.

وقوله: لَعَمْرُ اللَّهِ، وأيمُ الله، وعهدُ الله، وميثاقه. وأقسم^(١)، وأحلف، وأشهد وإن لم يقلْ بالله. وعليّ نذر^(٢)، أو يمين، أو عهد، وإن لم يضاف إلى الله. وإن فعلَ كذا فهو كافر، وإن لم يَكْفُرْ علقه بماضٍ أو آت، وسَوَكَنْدُ ميخورَمَ بِخُذَائِي^(٣) قسم.

فقوله: لَعَمْرُ اللَّهِ: مبتدأ، وقسم: خبره، والمرادُ بقاءُ الله، تقديره: لعمرُ الله فسمي.

وقوله: وأيمُ الله، قد قيل: هو جمعُ يمين، حذفَتِ التَّوْنُ منه خَفَةً؛ لكثرة استعماله، تقديره: أيمينُ الله يميني، وقيل: هو من أدوات القسم كالواو. وعهدُ الله: بالجرِّ بواسطة حرفِ القسم.

وقوله: وإن لم يكفر، إنما قال هذا؛ لأنه علقَ الكفرَ بالفعل المذكور، فيكون قسماً بسببِ التعليل، فعدمُ الكفرِ بذلك الفعلِ دلٌّ على عدمِ صحَّةِ التعليل، فلا يصحُّ القسم، فعدمُ الكفرِ لما أوهمَ عدمَ صحَّةِ القسم، فلدفعِ هذا الوهم، قال: إنَّه قسم وإن لم يكفر، وإنما يكون قسماً؛ لأنه لما علقَ الكفرَ بذلك الفعل، فقد حرَّم الفعل، ونحرِّمُ الحلالَ يمين.

وقوله: علقه بماضٍ أو آت؛ أي لا يَكْفُرُ بهذا القولِ سواءً علقَ الكفرَ بفعلٍ ماضٍ أو مستقبل، وعند البعض^(٤): إن علقه بفعلٍ ماضٍ يَكْفُرُ؛ لأنَّ التعليلَ بفعلٍ يُعْلَمُ أنَّه

(١) الواو في هذا وما بعده للعطف لا للقسم؛ لأن الخالف يقول: أقسم لأفعلن. ينظر: «فتح باب العنابة» (٢: ٢٥٢).

(٢) فإن نوى بلفظ النذر قرينة لزمته وإلا لزمته الكفارة. ينظر: «الدر المختار» (١: ٥٤).

(٣) سَوَكَنْدُ ميخورَمَ بِخُذَائِي: أي أحلف الآن بالله، بلسان فارس. ينظر: «الدر المنتقى» (١: ٥٤٥).

(٤) مثل محمد بن مقاتل، ولكن الأصح أنه إن كان الرجل عالماً يعرف أنه يمين لا يكفر في الماضي والمستقبل وإن كان جاهلاً، وعنده: أنه يكفر بالحلف بكفر في الماضي والمستقبل. ينظر: «شرح ملا مسكين» (ص ١٤٣).

وحقاً، وحقُّ الله، وحرمة، وسَوَكْنُدْ خُورَمَ بِخْدَايَ يا بطلاق زَن، وإن فعله فعلية غضبه، أو سخطه، أو لعته. أو أنا زان، أو سارق، أو شاربُ خمر، أو آكل رياءً لا. وحروفُ القسم: الواو، والباء، والتاء، وتضمير: كالله لأفعله. وكفارئة: عتق رقة، أو إطعام عشرة مساكين، كما مرَّ في الظَّهَار، أو كسوتهم لكلُّ ثوبٍ يسترُ عامةً بدنه، فلم يميز السراويل، فإن عجزَ عنها وقتَ الأداء

قد وقع تنجيزٌ^(١)، لكنَّ الصحيح أنَّه لا يَكْفُرُ إن كان يَعْلَمُ أنَّه يمين، فإن كان عنده أنَّه يَكْفُرُ بالحلفِ يَكْفُرُ فيهما.

(وحقاً^(٢))، وحقُّ الله^(٣)، وحرمة^(٤)، وسَوَكْنُدْ خُورَمَ بِخْدَايَ^(٥) يا^(٦) بطلاق زَن^(٧))، وإن فعله فعلية غضبه، أو سخطه، أو لعته.

أو أنا زان، أو سارق، أو شاربُ خمر، أو آكل رياءً^(٨) لا.

وحروفُ القسم: الواو، والباء، والتاء، وتضمير^(٩): كالله لأفعله.

وكفارئة: عتق رقة، أو إطعام عشرة مساكين، كما مرَّ في الظَّهَار، أو كسوتهم لكلِّ ثوبٍ يسترُ عامةً بدنه، فلم يميز السراويل، فإن عجزَ عنها وقتَ الأداء: أي

(١) أي التعليق بما يعلم وقوعه تنجيز، فإذا قال: إن كنت فعلتُ كذا فأنا كافرٌ فإن كان صدقاً فلا كفر ولا مؤاخذه، وإن كان كاذباً كفر؛ لأنه يصيرُ كأنه أنجز الكفر وأثبت لنفسه. ينظر: «العمدة» (٢: ٢٣٥).

(٢) إلا إذا أراد به اسم الله تعالى. ينظر: «الدر المختار» (٣: ٥٧).

(٣) واختار صاحب «الاختيار» (٣: ٢٩٣) أن حق الله يمين؛ لأن الحلف به معتاد اعتباراً للعرف.

(٤) اسم بمعنى الاحترام وحرمة الله ما لا يحل انتهاكه فهو في الحقيقة بغيره تعالى. ينظر: «رد المختار» (١: ٥٧).

(٥) لأنه وعد وليس يمين. ينظر: «الايضاح» (ق/٧٠ ب).

(٦) خطأ ملا خسرو في «الدر» (٢: ٤١) صاحب «الوقاية» في لفظ: يا؛ وأنه يجب عليه لفظ: أو؛ بدلاً منها. وفي «شرح أبي المكارم» (ق/٢٩٦): أنه الأحسن. ولكن عبد الحليم في «حاشيته» (١: ٣٣٥): يُن أن هذا وهم من ملا خسرو؛ لأن لفظة: يا؛ بالفارسية بمعنى: أو؛ في العربية.

(٧) زَن: معناها المرأة أو الزوجة، وإنما لا يكون يميناً؛ لأنه حلف بغير الله، ولا تعارف؛ ولهذا يمينه لا يكون. ينظر: «العمدة» (٢: ٢٣٦).

(٨) أي لا يكون يميناً؛ لأنه لا أثر للتعليق في وجود هذه الأشياء. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق/١٣٠ ب).

(٩) أي قد تضمير حروف القسم فيكون حلفاً؛ لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازاً. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٥٤٢).

صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَوَلَاءَ، وَلَمْ يَجِزْ بِهَا حَنْتَ، وَمَنْ حَلَفَ عَلَى مَعْصِيَةٍ كَعَدَمِ الْكَلَامِ مَعَ أَبِيهِ حَنْتَ وَكَفَرُ. وَلَا كَفَّارَةٌ فِي حَلْفِ كَافِرٍ، وَإِنْ حَنْتَ مُسْلِمًا.

عَجَزَ عَنِ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ وَقَدْ إِرَادَةَ الْأَدَاءِ (صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَوَلَاءَ، وَلَمْ يَجِزْ بِهَا حَنْتَ)، التَّكْفِيرُ قَبْلَ الْحَنْتِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا حَتَّى لَوْ كَفَّرَ قَبْلَ الْحَنْتِ، ثُمَّ حَنْتَ تَجِبُ الْكَفَّارَةُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ^(١)، فَعِنْدَهُ الْيَمِينُ سَبَبُ الْكَفَّارَةِ، وَالْحَنْتُ شَرْطُ وَجُوبِ الْأَدَاءِ، فَيَجُوزُ التَّقْدِيمُ عَلَيْهِ.

وعندنا: الحنث سبب؛ لأنَّ اليمينَ انعقدت للبرِّ، والكفارة على تقدير الحنث فلا يكون اليمين سبباً لها، فالحنث سبب، واليمين شرط، فلا يتقدم على الحنث، وخلاف الشَّافِعِيِّ^(٢) في الكفارة المالية، فإنه يمكن أن يثبت نفس الوجوب لا وجوب الأداء كما في الثَّمن، فنفس وجوبه يتعلق بالمال ووجوب الأداء بالفعل^(٣).

قلنا: المال غير مقصود في حقوق الله تعالى، فالكفارة المالية وغير المالية على السواء، على أنَّ نفس الوجوب ينفك عن وجوب الأداء في العبادات البدنية، فنفس الوجوب يتعلق بالهيئة الحاصلة للعبادات، ووجوب الأداء يتعلق بإيقاع تلك الهيئة على ما حققناه في «شرح التقيح»^(٤).

(وَمَنْ حَلَفَ عَلَى مَعْصِيَةٍ كَعَدَمِ الْكَلَامِ مَعَ أَبِيهِ حَنْتَ وَكَفَرُ.
وَلَا كَفَّارَةٌ فِي حَلْفِ كَافِرٍ، وَإِنْ حَنْتَ مُسْلِمًا.

(١) ينظر: «الأم» (٧: ٦٦)، و«تحفة المحتاج» (١٠: ١٥)، و«نهاية المحتاج» (٨: ١٨١)، وغيرها.

(٢) أي خلاف الشافعي رحمه الله السابق في الكفارة بالمال؛ لأنَّ مَنْ يَكْفَرُ بِالصَّوْمِ لَمْ يَجِزْ حَتَّى يَحْنِثَ، أَمَا إِنْ كَفَرَ بِالْمَالِ فَالْأَوَّلَى أَنْ لَا يَكْفَرُ حَتَّى يَحْنِثَ فَإِنْ كَفَرَ قَبْلَ أَنْ يَحْنِثَ جَازٌ. ينظر: «التنبيه» (١: ١٢٥)، و«فتوحات الوهاب» (٥: ٢٩٦) وغيرها.

(٣) الفرق بين نفس الوجوب ووجوب الأداء: أنَّ الأول هو اشتغال ذمة المكلف بالشيء، والثاني هو لزوم تفرغ الذمة عما يتعلق بها فلا بدَّ له من سبق حق في ذمته، فإذا اشترى شيئاً ثبت الثمن في الذمة، فثبت الثمن في الذمة نفس الوجوب. أما لزوم الأداء فعند المطالبة بناءً على أصل الوجوب، وأيضاً واجب على الممسى عليه والنائم والمريض والمسافر ولا أداء عليهم لعدم الخطاب، أما في الأولين فلأنَّ خطاب من لا يفهم لغو، وأما في الآخرين فلأنَّهما مخاطبان بالصوم في أيام آخر. ينظر: «التوضيح» (١: ٣٩٢).

(٤) «شرح التقيح» (١: ٢٨٤) وما بعدها.

وَمَنْ حَرَّمَ مَلَكَهُ لَا يَحْرُمُ وَإِنْ اسْتَبَاحَهُ كَفَّرَ. وَكُلُّ حَلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ
وَالشَّرَابِ، وَقَالُوا: تَطْلُقُ عَرْسُهُ، وَبِهِ يَفْتَى، كَحَلَالِ بَرُوي حَرَامٍ، وَهَرَجَةٍ بَدَسْتِ
رَأَسْتِ كَيْرَمِ بَرُوي حَرَامٍ لِلْعَرَفِ

وَمَنْ حَرَّمَ مَلَكَهُ لَا يَحْرُمُ وَإِنْ اسْتَبَاحَهُ كَفَّرَ^(١).
^(١٠٣) وَكُلُّ حَلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ، وَقَالُوا: تَطْلُقُ عَرْسُهُ،
وَبِهِ يَفْتَى^(٢)، كَحَلَالِ بَرُوي حَرَامٍ^(٤)، وَهَرَجَةٍ^(٥) بَدَسْتِ^(٦) رَأَسْتِ^(٧) كَيْرَمِ^(٨)
بَرُوي حَرَامٍ لِلْعَرَفِ^(٩) (١٠٣)؛ أَيِ وَإِنْ عَامَلَ بِهِ مَعَامَلَةَ الْمُبَاحِ كَفَّرَ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَ
الْحَلَالِ يَمِينٌ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾^(١٢)، عَلَى أَنَّ الْيَمِينَ إِنْ

(١) أَيِ مَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ لَمْ يَصِرْ حَرَامًا عَلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَبَاحَهُ بِمَعَامَلَتِهِ مَعَامَلَةَ الْمُبَاحِ كَفَّرَ.
يَنْظُرُ: «دُرَرُ الْحُكَامِ» (٢: ٤٢).

(٢) قَالَ ابْنُ عَابِدِينَ فِي «رَدِّ الْمُحْتَارِ» (٣: ٦٥): وَبِهِ أَفْتَى الْمُتَأَخَّرُونَ لَا الْمُتَقَدِّمُونَ، وَقَدْ تَوَقَّفَ الْبَزْدَوِيُّ فِي
«مَبْسُوطِهِ» فِي كَوْنِ عَرَفِ النَّاسِ إِرَادَةَ الطَّلَاقِ بِهِ، فَالْإِحْتِيَاطُ أَنْ لَا يَخَالَفَ الْمُتَقَدِّمِينَ. وَمِثْلُهُ فِي «الْفَتْحِ»
٥: ٩١، وَ«الْبَحْرِ» (٤: ٣١٩)، وَ«الشَّرْحُ النَّبَلِيُّ» (٢: ٤٢) وَ«مَنْحَةُ الْخَالِقِ» (٤: ٣١٩)، وَ«حَاشِيَةُ
الشُّلْبِيِّ» (٣: ١١٥)، وَغَيْرُهَا.

(٣) زِيَادَةُ مِنْ ص.

(٤) حَلَالِ بَرُوي حَرَامٍ: مَعْنَاهُ الْحَلَالُ عَلَيْهِ حَرَامٌ، أَوْ حَلَالُ اللَّهِ، أَوْ حَلَالُ الْمُسْلِمِينَ. يَنْظُرُ: «بِجْمَعِ الْأَنْهَرِ»
١: ٥٤٧.

(٥) هَرَجَةٍ: مَعْنَاهُ كُلُّ شَيْءٍ. يَنْظُرُ: «الْبَنَاءُ» (٥: ١٩٥).

(٦) بَدَسْتِ: مَعْنَاهُ بِيْدِي. يَنْظُرُ: الْمَصْدَرُ السَّابِقُ (٥: ١٩٥).

(٧) رَأَسْتِ: مَعْنَاهُ الْيَمِينَ، يَعْنِي الْيَمِينَ بِيْدِي. يَنْظُرُ: الْمَصْدَرُ السَّابِقُ (٥: ١٩٥).

(٨) كَيْرَمِ: مَعْنَاهُ عَلَيَّ. يَنْظُرُ: الْمَصْدَرُ السَّابِقُ (٥: ١٩٥).

(٩) فِي «الْهُدَايَةِ» (٢: ٧٦): الْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَجْعَلُ طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ لِلْعَرَفِ.

(١٠) زِيَادَةُ مِنْ تَوْجُوفٍ وَتَوْقٍ. وَذَكَرْتُ فِي فَعْلٍ بَعْدَ قَوْلِهِ: فَهُوَ تَحْرِيمُ الْحَلَالِ.

(١١) قَالَ صَاحِبُ «الْفَتْحِ» (٥: ٩١): الْحَاصِلُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي انْتِصَافِ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ عَرَبِيَّةٌ أَوْ فَارْسِيَّةٌ إِلَى مَعْنَى
بَلَاءِ نِيَّةِ التَّعَارُفِ فِيهِ فَإِنْ لَمْ يَتَعَارَفْ سَتَلَ عَنْ نِيَّتِهِ. وَفِيمَا يَنْصَرَفُ بَلَاءُ نِيَّةٍ لَوْ قَالَ: أَرَدْتُ غَيْرَهُ لَا يَصَدِّقُ
الْقَاضِي وَفِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى هُوَ مُصَدِّقٌ. اهـ.

(١٢) مِنْ سُورَةِ التَّحْرِيمِ، الْآيَةُ (٢).

وَمَنْ نَذَرَ مطلقاً، أو معلقاً بشرط يريدُهُ كَان قَدِيمَ غَالِي، فَوَجِدَ وَفَى، وبما لم يرده كَان زَنِيتَ وَفَى أو كَفَرَ، هو الصحيح، وَمَنْ وَصَلَ إِنْ شَاءَ اللهُ تعالى بِمُحْلَفِهِ بطل

كان على فعلٍ وجودي، فهو إيجابُ المباح، وإن كان على عديمي، فهو تحريمُ الحلال^(١).
(وَمَنْ نَذَرَ مطلقاً): أي غيرُ معلقٍ بشرط، نحو: لله عليَّ صومُ هذا اليوم، (أو معلقاً بشرط يريدُهُ كَان قَدِيمَ غَالِي، فَوَجِدَ وَفَى، وبما لم يرده كَان زَنِيتَ^(٢) وَفَى أو كَفَرَ، هو الصحيح)^(٣)؛ إنَّما قال هذا؛ احترازاً عن القول الآخر، وهو وجوبُ الوفاء سواء علقه بشرط يريدُهُ أو لا يريدُهُ، وإنَّما كان هذا صحيحاً؛ لأنه إذا علقه بشرط لا يريدُهُ، ففيه معنى اليمين، وهو المنع، لكنَّه بظاهره نذر، فيتخير^(٤).

أقول: إن كان الشرطُ أمراً حراماً كإِنْ زَنِيتَ مثلاً، ينبغي أن لا يتخير؛ لأنَّ التَّخْيِيرَ تخفيف، والحرامُ لا يوجبُ التَّخْفِيفَ^(٥).

(وَمَنْ وَصَلَ إِنْ شَاءَ اللهُ تعالى بِمُحْلَفِهِ بطل)^(٦). والله تعالى أعلم بالصواب^(٧).

(١) أي إن اليمين إن كان على فعلٍ مباح كان يقول: والله لأتصدقنَّ في هذا اليوم، فهو متضمن لإيجاب المباح؛ لأنه كان في سعة من تركه قبل اليمين، فأوجه باليمين، وإن كان على عديمي، نحو: والله لا أذهب إلى الموضع الفلاني، فهو متضمن لتحريم الحلال؛ لأن قيل اليمين كان هو في سعة من فعله، فمنعه بمينه، ومن المعلوم أن إيجاب المباح يتضمن أيضاً تحريم الحلال، وبالجمله فكل يمين لا يخلو عن تحريم الحلال. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢٤٠).

(٢) أي كَان زَنِيتَ فعليّ كذا.

(٣) التخيير هو رواية النوار، ولكنَّه صح رجوع الإمام قبل وفاته بسبعة أيام عما نقل عنه في ظاهر الرواية من وجوب الوفاء، سواء علقه بشرط يريدُهُ أو بشرط لا يريدُهُ، وبه كان يفتي إسماعيل الزاهد، وهو اختيار السرخسي في «المبسوط» (٨: ١٣٦) لكثرة البلوى في زماننا، وقال صاحب «الدرر» (٢: ٤٣): وبه يفتي، وفي «التنوير» (٣: ٦٩): وهو المذهب. وقال صاحب «مجمع الأنهر» (١: ٥٤٨): وفي أكثر المعبرات هذا هو المذهب الصحيح المفتى به.

(٤) أي فيتخير بين الوفاء والكفارة. ينظر: «الدر المنقي» (١: ٥٤٨).

(٥) ما اختاره الشارح ردّه صاحب «الدرر» (١: ٤٣) بقوله: ليس الموجب للتخفيف هو الحرام بل وجود دليل التخفيف؛ لأن اللفظ لما كان نذراً من وجه ويميناً من وجه لزم أن يعمل بمقتضى الوجهين ولم يحز اهدار أحدهما فلزم التخيير الموجب للتخفيف بالضرورة. وأقرّه ابن عابدين في «رد المحتار» (٣: ٦٩)، وأيضاً رد كلام الشارح ابن كمال باشا في «الايضاح» (ق١/٧١)، واللكوني في «عمدة الرعاية» (٢: ٢٤١).

(٦) بأن قال: والله لأفعلن كذا إن شاء الله، فلا ينعقد: أي لا يحث أصلاً فلا يكون يميناً. ينظر: «شرح ملا مسكين» (ص ١٤٤).

(٧) زيادة من ف.

باب الحلف بالفعل

[فصل اليمين في الدخول والسكنى]

مَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا يَحْتُ بِدُخُولِ صَفَّةٍ لَا الْكَعْبَةَ، أَوْ مَسْجِدًا، أَوْ بَيْعَةً، أَوْ كَنِيسَةً، أَوْ دِهْلِيزًا، أَوْ ظِلَّةً بَابِ دَارٍ، كَمَا فِي لَا يَدْخُلُ دَارًا، فَدَخَلَ دَارًا خَرِبَةً، وَفِي هَذِهِ الدَّارِ يَحْتُ إِنْ دَخَلَهَا مِنْهُدَمَةً صَحْرَاءَ، أَوْ بَعْدَمَا بُنِيَتْ أُخْرَى، أَوْ

باب الحلف بالفعل

[فصل اليمين في الدخول والسكنى]

(مَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا يَحْتُ بِدُخُولِ صَفَّةٍ^(١) لَا الْكَعْبَةَ، أَوْ مَسْجِدًا، أَوْ بَيْعَةً^(٢)، أَوْ كَنِيسَةً، أَوْ دِهْلِيزًا^(٣)، أَوْ ظِلَّةً بَابِ دَارٍ^(٤))؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ مَوْضِعَ أُعْدُوِّ لِلْيَتِيمَةِ، فَالْصَّفَّةُ بَيْتٌ لَا هَذِهِ الْمَوَاضِعُ. (كَمَا فِي لَا يَدْخُلُ دَارًا، فَدَخَلَ دَارًا خَرِبَةً)، حَيْثُ لَا يَحْتُ.

(وَفِي هَذِهِ الدَّارِ يَحْتُ إِنْ دَخَلَهَا مِنْهُدَمَةً صَحْرَاءَ، أَوْ بَعْدَمَا بُنِيَتْ أُخْرَى^(٥))، أَوْ

(١) صَفَّةٌ: الْبَيْتُ، وَجَمْعُهَا صِفَافٌ كَقِفَافٍ فِي جَمْعِ قَفَّةٍ قِيَاسٌ، وَالسَّمَاعُ الصُّنَاتُ. يَنْظُرُ: «الْمَغْرِبُ» (ص ٢٦٨). قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» (٢: ٧٦): لِأَنَّهَا تَبْنَى لِلْيَتِيمَةِ فِيهَا فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ، فَصَارَ كَالشَّوِيِّ وَالصِّفِيِّ. وَقِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَتِ الصَّفَّةُ ذَاتَ حَوَائِطٍ أَرْبَعَةٍ، وَهَكَذَا كَانَتْ صَفَافُهُمْ. وَقِيلَ: الْجَوَابُ يَحْرَى عَلَى إِطْلَاقِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

(٢) الْبَيْعَةُ: مَوْضِعُ صَلَاةِ النَّصَارَى وَجَمْعُهَا الْبِيْعُ وَفِي دِيْوَانِ الْأَدَبِ جَعَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلنَّصَارَى. يَنْظُرُ: «طَلِبَةُ الطَّلِبَةِ» (ص ٩٣).

(٣) دِهْلِيزٌ: وَهُوَ مَا بَيْنَ الْبَابِ وَالْدَارِ. يَنْظُرُ: «فَتْحُ بَابِ الْعُنَايَةِ» (٢: ٢٦١).

(٤) ظِلَّةٌ بَابِ الدَّارِ: وَهِيَ الَّتِي تَكُونُ عَلَى بَابِ الدَّارِ وَلَا يَكُونُ فَوْقَهَا بِنَاءٌ وَإِذَا كَانَ عَلَى بَابِ الدَّارِ تَكُونُ عَلَى السَّكَةِ فَلَا تَكُونُ بَيْتًا فَلَا يَحْتُ. يَنْظُرُ: «دَرَرُ الْحُكَامِ» (٢: ٤٥).

(٥) الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الدَّارَ اسْمٌ لِلْعَرَصَةِ حَقِيقَةٌ وَعَرَفَاءُ، وَالْبِنَاءُ فِيهَا مِنَ التَّوَابِعِ وَالْأَوْصَافِ إِلَّا أَنَّ الْوَصْفَ لِي الْغَائِبِ مَعْتَبَرٌ، وَفِي الْحَاضِرِ لِقَوْلِهِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: لَا أَدْخُلُ هَذِهِ الْعَرَصَةَ الْمَبْنِيَّةَ فَيَعْمَلُو الْوَصْفَ مَعَ الْإِشَارَةِ إِلَى الْوَصْفِ لِلتَّعْرِيفِ وَالْإِشَارَةِ أَيْلُغُ فِيهِ. يَنْظُرُ: «رَمَزُ الْحَقَائِقِ» (١: ٢٥٧).

وَقَفَّ عَلَى سَطْحِهَا، وَقِيلَ: فِي حَرْفِنَا لَا يَحْنُثُ بِهِ كَمَا لَوْ جَعَلْتُمْ مَسْجِدًا، أَوْ حَمَامًا،
أَوْ بَسْتَانًا، أَوْ بَيْتًا، أَوْ دَخَلَهَا بَعْدَ هَدْمِ الْحَمَامِ، وَكَهَذَا الْبَيْتِ، وَدَخَلَهُ مِنْهُدَمًا
صَحْرَاءَ، أَوْ بَعْدَمَا بُنِيَ بَيْتًا آخَرَ

وَقَفَّ عَلَى سَطْحِهَا، وَقِيلَ: فِي حَرْفِنَا لَا يَحْنُثُ بِهِ: أَيِ بِالْوُقُوفِ عَلَى السَّطْحِ^(١)،
(كَمَا لَوْ جَعَلْتُمْ مَسْجِدًا، أَوْ حَمَامًا، أَوْ بَسْتَانًا، أَوْ بَيْتًا^(٢))، أَوْ دَخَلَهَا بَعْدَ هَدْمِ
الْحَمَامِ، حَيْثُ لَا يَحْنُثُ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْقَ دَارًا أَصْلًا.

(وَكَهَذَا الْبَيْتِ، وَدَخَلَهُ مِنْهُدَمًا صَحْرَاءَ، أَوْ بَعْدَمَا بُنِيَ بَيْتًا آخَرَ)؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْنُثُ
لِزَوَالِ اسْمِ الْبَيْتِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّهُمْ قَالُوا فِي لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارُ فَدَخَلَهَا مِنْهُدَمًا: إِنَّهُ يَحْنُثُ؛ لِأَنَّ اسْمَ
الدَّارِ يَطْلُقُ عَلَى الْخَرِيبَةِ، فَهَذِهِ الْعِلَّةُ تَوْجِبُ الْحَنْثَ فِي لَا يَدْخُلُ دَارًا، فَدَخَلَ دَارًا خَرِيبَةً،
ثُمَّ فَرَّقَهُمْ بِأَنَّ الْوَصْفَ فِي الْحَاضِرِ لَغَوٍ فَرَّقَ وَاءٍ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّهُ إِذَا وُصِفَ الْمَشَارُ إِلَى
بَصْفَةٍ نَحْوُ: لَا يَكْلُمُ هَذَا الشَّابَّ، فَكَلَّمَهُ شَيْخًا يَحْنُثُ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ بِالشَّبَابِ صَارَ لَغَوًا.
وَفِي قَوْلِنَا: لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارُ، أَوْ لَا يَدْخُلُ دَارًا، أَيْنَ الْوَصْفُ حَتَّى يَكُونَ لَغَوًا
فِي أَحَدِهِمَا غَيْرَ لَغَوٍ فِي الْآخَرِ.

ثُمَّ هَذَا الْمَعْنَى يُوجِبُ الْحَنْثَ فِي لَا يَدْخُلُ هَذَا الْبَيْتَ، وَعَدَمُهُ فِي لَا يَدْخُلُ بَيْتًا إِنْ
دَخَلَهُ مِنْهُدَمًا صَحْرَاءَ؛ لِأَنَّ الْبَيْتُ وَصْفٌ فَيَلْغَوُ فِي الْمَشَارِ إِلَيْهِ، فَزَوَالُ اسْمِ الْبَيْتِ يَنْبَغِي
أَنْ لَا يُعْتَبَرَ فِي الْمَشَارِ إِلَيْهِ.

ثُمَّ قَالُوا فِي: لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارُ، فَدَخَلَهَا بَعْدَمَا بُنِيَ حَمَامًا أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ لِأَنَّهُ لَمْ
يَبْقَ دَارًا.

أَقُولُ: لَفْظُ الدَّارِ فِي الدَّارِ الْمَعْمُورَةِ غَالِبُ الاسْتِعْمَالِ، وَقَدْ يَطْلُقُ أَيْضًا عَلَى
الْمِنْهُدَمَةِ، فَإِذَا قِيلَ: لَا أَدْخُلُ دَارًا، فَالْأَوَّلَى أَنْ يَرَادَ الدَّارُ الْمَعْمُورَةُ، وَأَيْضًا وَجُوبُ
صَرْفِ الْمَطْلُوقِ إِلَى الْكَامِلِ، أَوْجَبَ إِرَادَةَ الْمَعْمُورَةِ.

(١) فِي «شرح ملا مسكين» (ص ١٤٥): وَالْمَخْتَارُ أَنْ لَا يَحْنُثُ إِنْ كَانَ الْحَالِفُ مِنْ بِلَادِ الْمَجْمُوعِ عَلَيْهِ الْفَتْوَى،
وَإِنْ كَانَ مِنْ بِلَادِ الْعَرَبِ يَحْنُثُ، وَهُوَ جَوَابُ الْأَصْلِ. اهـ. وَالْحَنْثُ هُوَ قَوْلُ الْمُتَقَدِّمِينَ، مُقَابِلُهُ قَوْلُ
الْمُتَأَخِّرِينَ. يَنْظُرُ: «فتح المعين» (٢: ٣٠٧).

(٢) لِزَوَالِ الْأَسْمِ بِخِلَافِ مَا لَوْ جَعَلْتَ دَارًا؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ كَانَ بَاقِيًا، وَهِيَ صَحْرَاءٌ حَتَّى يَحْنُثَ بِالدَّخُولِ فِيهَا.
يَنْظُرُ: «رمز الحقائق» (٢: ٢٥٧).

أو هذه الدَّار، فوقفَ في طاقِ بابٍ لو أغلقَ كان خارجاً. أو لا يسكنها، وهو ساكنها، أو لا يلبسه، وهو لابسُه، أو لا يركبه، وهو راكبه، فأخذ في الثَّقلَة، ونزع ونزل بلا مكث

وإذا قيل: لا يدخل هذه الدَّار، فانهدم بناؤها، فصحة إطلاقها على المنهدمة ترجحت بالإشارة، فيحنتُ إن دخلها منهدة. وإن بنيت داراً أخرى يحنتُ بدخولها. أمّا لو جعلتُ حماماً، أو بستاناً، فلا يحنتُ؛ لأنّه زال عنها اسمُ الدَّار بالكلية. وأمّا البيتُ فلا يطلقُ إلّا على موضعٍ أُعيدَ للبيتوتة، فإذا خربتُ، لم يصحّ إطلاقُ البيتِ عليه أصلاً، ولا يقال: إنّ البيتوتة وصف، والوصفُ في المشار إليه لغو؛ لأنّ البيتَ اسمُ جنسٍ مع أنّه مشتقٌ من البيتوتة، وليس اسمُ صفةٍ كالشَّابِّ ونحوه، فاسمُ الإشارة إذا دخل في الصفات يكونُ الوصفُ لغواً، نحو: لا يكلم هذا الشَّابَّ، فكلمة شيخاً يحنتُ.

أمّا إن دخل في أسماء الأجناس، وإن كانت مشتقة، نحو: والله لا يشربُ هذا الخمر، فلا بُدَّ من بقاء حقيقتها، حتّى لو تخلّل فشربَ لا يحنتُ، ولو حلفَ لا يشربُ هذا الخمرَ الحلو، فشربَ بعدما صار مُراً يحنتُ، فاحفظ هذا البحث، فإنّه مزلة الأقدام^(١).

(أو هذه الدَّار، فوقفَ في طاقِ بابٍ لو أغلقَ كان خارجاً^(٢)).

أو لا يسكنها، وهو ساكنها، أو لا يلبسه، وهو لابسُه، أو لا يركبه، وهو راكبه، فأخذ في الثَّقلَة، ونزع ونزل بلا مكث: أي إذا حلفَ لا يسكنُ هذه الدَّار، وهو ساكنها، فلا بُدَّ من أن يأخذ في الثَّقل بلا مكث^(٣)، حتّى لو مكث ساعة يحنتُ، وهذا عندنا، وأمّا عند زُفر^(٤) يحنتُ؛ لوجود السُّكنى، وإن قلّ. قلنا: اليمينُ شرعتُ للبرّ، فزمانُ تحصيل البرّ يكونُ مستثنىً، وكذا في لا يلبسه، وهو لابسُه، ولا يركبه وهو راكبه.

(١) ما أورد الشارح من الحجة هنا واعترض به على الفقهاء ردّه ملا خسرو في «درر الحكام» (٢: ٤٣)، وابن كمال باشا في «الابضاح» (ق ١/٧١)، واللكنوي في «عمدة الرعاية» (٢: ٢٤٣)، وآبدوا الفقهاء بكلام طويل يطول المقام في إيراده.

(٢) أي لا يحنتُ ولو أدخل رأسه أو إحدى رجله لم يحنتُ، أما لو أغلق الباب يكون داخلًا يحنتُ. بنظر: «شرح ملا مسكين» (ص ١٤٥).

(٣) لأنّه إن أقام فيها يوماً أو أكثر يحنتُ في يمينه؛ لأن الدوام على السكنى له حكم الابتداء. بنظر: «المحيط» (ص ١١٤).

أو لا يدخل فقعد فيها إلا أن يخرج ثم يدخل وفي لا يسكن هذه الدار، لا بد من خروجه بأهله ومتاعه أجمع حتى يحنث بوثله بقي

(أو لا يدخل فقعد فيها)؛ فإنه لا يحنث به، فإن الدخول هو الانتقال من الخارج إلى الداخل، فلا يحنث بالملك، بخلاف السكنى واللبس والركوب، فإنه في حال الملك ساكن ولا يسر وراكب، فمن قولنا^(١)؛ وقيل: في عرفنا لا يحنث... إلى هاهنا الحكم عدم الحنث.

(إلا أن يخرج ثم يدخل) هذا استثناء مفرغ^(٢) من قبيل الظرف، فإن قوله: إلا أن يخرج، معناه إلا الخروج، ثم المصدر يقع حيناً، نحو: آتيتك خُفوق النجم^(٣)؛ أي وقت خُفوقه، فتقدير الكلام في قوله: لا يدخل فقعد؛ لا يحنث في وقت إلا وقت خروجه، ثم دخوله.

(وفي لا يسكن هذه الدار، لا بد من خروجه بأهله ومتاعه أجمع حتى يحنث بوثله بقي)؛ هذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وأما عند أبي يوسف رحمه الله، فيعتبر نقل الأكر.

وأما عند محمد رحمه الله فيعتبر ما يقوم به، كدُخْدَائِيَّتِهِ^(٤)، قالوا: هذا أحسن، وأرفق بالناس^(٥).

(١) أي من قول المصنف رحمه الله، وقيل: في عرفنا لا يحنث أي في مسألة الوقوف على السطح إلى هاهنا حكم المسائل عدم الحنث.

(٢) الاستثناء المفرغ: سمي مفرغاً؛ لأن ما قبل إلا قد تفرغ لطلب ما بعدها، ولم يشتغل عنه بالعمل فيما يقتضيه. ينظر: «شرح ابن عقيل» (١: ٦٠٣)، و«شرح قطر الندى» (ص ٢٤٧)، و«البهجة المرضية» (ص ٢١٥)، وغيرها.

(٣) خُفوق: المغيب والغرب، وخُفوق النجم: أي وقت خُفوق الثريا تجعله ظرفاً وهو مصدر. ينظر: «اللسان» (١٠: ٨١).

(٤) أي يعتبر نقل ما لا بد في البيت من آلات الاستعمال. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٥٥٢).

(٥) اختلفت كلمة الفقهاء في الإفتاء بالأقوال الثلاثة المذكورة:

فذهب أصحاب المتون إلى الإفتاء بقول الإمام، قال صاحب «البحر» (٤: ٣٣٣): وعليه

الفتوى؛ لأنه أحوط.

وذهب صاحب «المحيط» و«الفوائد الظهيرية»، و«الكافي» إلى أن الفتوى على قول أبي يوسف.

وذهب صاحب «الهداية» (٢: ٧٨)، والشارح، و«الفتح» (٥: ١٠٧)، و«الدر المختار» (٣: ٧٧)، و«رد المحتار» (٣: ٧٧)، و«رمز الحقائق» (١: ٢٥٨) إلى الإفتاء بقول محمد.

بمخلاف المصر والقرية.

افصل اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

وحنث في لا يخرج لو حُمِل وأخرج بأمره، لا إن أخرج بلا أمره مكرهاً أو راضياً، ومثله لا يدخل أقساماً وحكماً، ولا في: لا يخرج إلا إلى جنازة إن خرج إليها، ثم إلى أمر آخر، وحنث في لا يخرج إلى مكة، فخرج يريدُها ورجع، لا في لا يأتيها حتى يدخلها، وذهابُه كخروجه في الأصح.

(بمخلاف المصر والقرية)^(١): فإنه لا يشترط نقلُ الأهل والمناخ.

افصل اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

(وحنث في لا يخرج لو حُمِل وأخرج بأمره، لا إن أخرج بلا أمره مكرهاً أو راضياً)^(٢)، ومثله لا يدخل أقساماً وحكماً، فالأقسام: أن يخرج بأمره.

وأن يخرج بلا أمره إمّا مكرهاً أو راضياً.

والحكمُ الحنثُ في الأول، وعدمُه في الآخرين.

(ولا في: لا يخرج إلا إلى جنازة إن خرج إليها، ثم إلى أمر آخر): فإنه لا يحث؛ لأنَّ خروجه لم يكن إلا إلى الجنازة^(٣).

(وحنث في لا يخرج إلى مكة، فخرج يريدُها ورجع): لأنَّ الخروجَ إلى مكة قد تحقَّق^(٤)، (لا في لا يأتيها حتى يدخلها): أي لو حلف أن لا يأتي مكة لا يحث حتى يدخلها، (وذهابُه كخروجه في الأصح): أي لو حلف لا يذهب إلى مكة، فالأصحُّ

(١) بأن حلف أن لا يسكن هذا المصر أو هذه القرية ...

(٢) أي لا يحث؛ لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الأمر، ولو كان راضياً بالخروج؛ لأن الانتقال يكون بالأمر لا بمجرد الخروج. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٤٧).

(٣) لأن الخروج هو الانفصال من الباطن إلى الظاهر، وهو موجود بالنسبة إلى الجنازة دون الأمر الآخر، فإن الموجود في حق الاتيان، وهو الوصول، وهو ليس بخروج، والدوام على الخروج ليس بخروج أيضاً لعدم امتداده. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٢٦٥).

(٤) لوجود الخروج عن قصد مكة وهو الشرط إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج بطراً «الهداية» (٢: ٧٨).

وفي: لِيَأْتِيَنَّ مَكَّةَ ولم يَأْتِهَا لا يَحْنُثُ إِلَّا في آخِرِ حَيَاتِهِ، وَحْنُثٌ في لِيَأْتِيَنَّ غَدًا إن استطاعَ إن لم يَأْتِهِ بلا مانع كمرض أو سلطان، وَدَيْنٌ بِنَيْةٍ الحَقِيقَةِ، وَشَرْطٌ لِلْبَرِّ في لا يَخْرُجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ لِكُلِّ خُرُوجٍ إِذْنٌ، لا في إِلَّا إن أِذْنٌ

أَنَّهُ مِثْلُ لا يَخْرُجُ إِلَى مَكَّةَ، وَعِنْدَ الْبَعْضِ: هُوَ مِثْلُ لا يَأْتِي^(١)، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ^(٢)؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنِّي ذَاهِبٌ إِلَى رَبِّي﴾^(٣)، أَي مَتَوَجِّهٌ إِلَيْهِ، وَأَمَّا الْوَصُولُ فَلَيْسَ فِي وَسْعِهِ.
(وفي: لِيَأْتِيَنَّ مَكَّةَ ولم يَأْتِهَا لا يَحْنُثُ إِلَّا في آخِرِ حَيَاتِهِ)؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَنْتَحِقُ عَدَمُ الْإِتْيَانِ^(٤).

(وَحْنُثٌ في لِيَأْتِيَنَّ غَدًا إن استطاعَ إن لم يَأْتِهِ بلا مانع كمرض أو سلطان، وَدَيْنٌ بِنَيْةٍ الحَقِيقَةِ): أَي إن قال: غَنِيَتْ الاستِطَاعَةُ الحَقِيقَةُ^(٥)؛ وَهِيَ الْقُدْرَةُ التَّامَّةُ الَّتِي يَجِبُ عِنْدَهَا صُدُورُ الْفِعْلِ، فَهِيَ لا تَكُونُ إِلَّا مَقَارَنَةً لِلْفِعْلِ يَصْدُقُ دِيَانَةً لا قَضَاءً؛ لِأَنَّهَا تَطْلُقُ فِي الْعَرَفِ عَلَى سَلَامَةِ الْأَسْبَابِ وَالْآلَاتِ، فَالْمَعْنَى الْآخَرُ خِلَافُ الظَّاهِرِ، فَلَا يَصْدُقُ قَضَاءً.

(وَشَرْطٌ لِلْبَرِّ في لا يَخْرُجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ لِكُلِّ خُرُوجٍ إِذْنٌ)؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَهُ: لا يَخْرُجُ إِلَّا خُرُوجًا مُلَصَّقًا بِإِذْنِهِ، فَالْمُسْتَشْنَى هُوَ الْخُرُوجُ الْمُلَصَّقُ بِالْإِذْنِ^(٦)، فَمَا سِوَاهُ بَقِيَ فِي صَدْرِ الْكَلَامِ.

(لا في إِلَّا إن أِذْنٌ): أَي إن قال: لا يَخْرُجُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ، لا يَشْتَرِطُ لِكُلِّ خُرُوجٍ

(١) فيشترط فيه الوصول، وصححه قاضي خان في «فتاواه»، وصاحب «الخلاصة». ينظر: «رد المحتار» (٣: ٨٠).

(٢) وهو ما قاله صاحب «الهداية» (٢: ٧٨)، ومشى عليه أصحاب المتون، كالمصنف، وصاحب «الكنز» (ص ٧١)، و«التنوير» (٣: ٨٠).

(٣) من سورة الصافات، الآية (٩٩).

(٤) لأن البر قبل الموت مرجو، لأن الخالف ما دام حياً مرجو وجود البر، وهو الاتيان فلا يحث، فإن فقد تعذر شرط البر، وتحقق شرط الحث، وهو ترك الاتيان، فيحث في آخر جزء من أجزاء حياته. ينظر: «البنية» (٥: ٢١٨).

(٥) وهي القدرة الحقيقية التي يحدثها الله تعالى للعبد حال قصد اكتسابه الفعل، بعد سلامة الأسباب والآلات ولا تكون إلا مقارنة للفعل. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٢٦٦).

(٦) لأن الباء للإصاق فكل خروج لا يكون كذلك كان داخلاً في اليمين وصار شرطاً للحنث، والحبلة في ذلك أن يقول لها: كلما أردت الخروج فقد أذنت لك، فإن قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيها عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. ينظر: «رمز الحقائق» (١: ٥٤٩).

وللحنث في إن خرجت، وإن ضربت فأنث طالق لمريدة خروج، أو ضرب عبد فعلهما فوراً . وفي: إن تغديت بعد أن يقال: تعال تغد معي، تغديه معه، وكفى مطلق التغدي إن ضم اليوم، ومركب المأذون ليس لمولاه في حق الحلف إلا إذا لم يكن عليه دين مستغرق ونواه.

إذن؛ لأن لا أن للغاية، مثل: إلى أن، فإذا أذن مرة انتهى الحرمة، ويمكن أن يراد إلا وقت إذني بأن يجعل المصدر حياً، فيجب لكل خروج إذن. والجواب: أنه أذن مرة، فخرج، ثم خرج مرة أخرى بلا إذن، فعلى التأويل الأول لا يحنث، وعلى الثاني يحنث، فلا يحنث بالشك.

(وللحنث في إن خرجت، وإن ضربت "فأنث طالق" لمريدة خروج، أو ضرب عبد فعلهما فوراً) (١): أي شرط للحنث في إن خرجت، وإن ضربت فعلهما فوراً.

(وفي: إن تغديت بعد أن يقال: تعال تغد معي، تغديه معه): أي شرط للحنث في إن تغديت تغديه معه (٢).

(وكفى مطلق التغدي إن ضم اليوم): أي كفى للحنث مطلق التغدي إن قال: إن تغديت اليوم، فإنه لو كان جواباً يكفي قوله: إن تغديت، فلما زاد اليوم، علم أنه كلام مبتدأ، فيحنث بمطلق التغدي في هذا اليوم، ولا يشترط للحنث التغدي معه. (ومركب المأذون ليس لمولاه في حق الحلف إلا إذا لم يكن عليه دين مستغرق ونواه) (٣): أي إن حلف لا يركب دابة زيد، فركب دابة عبده المأذون، فإن كان عليه

(١) زيادة من ب و س و م.

(٢) صورتها: لو أرادت المرأة الخروج فقال الزوج: إن خرجت، أو أرادت ضرب العبد فقال الزوج: إن ضربت فأنث طالق، تفيد الحنث بالفعل فوراً، فلو لبثت ثم فعلت لا يحنث، وهذه تسمى يمين فور. وتقرئ أبو حنيفة بإظهاره. ووجهه: أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفاً، ومبنى الإيمان عليه. ينظر: «الهداية» (٢: ٧٩)، و«الدر المنقي» (١: ٥٥٥).

(٣) صورتها: لو قال رجل لآخر: تعال تغد معي، فقال المدعو: إن تغديت فأمرأتي طالق يشترط في الحنث تغديه معه.

(٤) أي يشترط لحنثه شرطان:

الأول: أن يتوبها.

والثاني: أن لا يكون عليه دين مسغرق، أما إن كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى؛ لأنه

لا ملك للمولى فيه. ينظر: «رد المحتار» (٣: ٨٦).

افصل اليمين في الأكل والشرب

ويتقيد الأكل من هذه النخلة بثمرها، وهذا البرُّ بأكله قضمًا، وهذا الدقيقُ بأكل خبزه، فلا يحنث لو استغف كما هو، وأكل الشواء باللحم لا الباذلجان، والجزر، والطيبخ مما طبخ من اللحم، والرأس برأس يكبس في الثناير ويباغ في مصره،

دينٌ مستغرق لرقبته وكسبه لا يحنث؛ لأن هذه الدابة ليست لزيد، وإن لم يكن عليه دينٌ مستغرق، فإن نوى بدابة زيد دابته الخاصة لا يحنث، وإن نوى دابة هي ملك زيد أعم من أن تكون خاصة له، أو تكون دابة عبده المأذون فحينئذ يحنث.

وقال: أبو يوسف رحمه الله يحنث في الوجوه كلها إذا نواه.

وقال محمد رحمه الله: يحنث وإن لم ينو.

افصل اليمين في الأكل والشرب

(ويتقيد^(١) الأكل من هذه النخلة بثمرها)^(٢)؛ لأن المعنى الحقيقي مهجور حسًا، (وهذا البرُّ بأكله قضمًا)، هذا عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما، بناءً على أن اللفظ إن كان له معنى حقيقي مستعمل، ومعنى مجازي متعارف، فأبو حنيفة رحمه الله يرجع المعنى الحقيقي، وهما يرجحان المعنى المجازي، فالمراد عندهما أكل باطنه مجازًا، فيحنث بأكله سواء كان بالقضم، أو غيره، فيعملان بعموم المجاز.

(وهذا الدقيقُ بأكل خبزه، فلا يحنث لو استغف كما هو): أي يحنث بأكل ما يتخذ منه كالحبز ونحوه؛ لأن المعنى الحقيقي مهجور، فيراد المجازي.

(وأكل الشواء باللحم لا الباذلجان، والجزر، والطيبخ مما طبخ من اللحم، والرأس برأس يكبس في الثناير ويباغ في مصره)^(٣)، عملاً بالعرف، فإن الإيمان مبني

(١) في جوف وق: ويقيد، وت وص: تقيد.

(٢) وكذا دبها غير المطبوع؛ لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منها بلا صنع أحد تجوزًا باسم السبب، وهو النخلة في السبب، وهو الخارج؛ لأنها سبب فيه لكن شرط أن لا يتغير بصفة حادثة. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٥٥٦-٥٥٧).

(٣) حتى لو أكل من خبزه لا يحنث عنده.

(٤) فلا يدخل رأس الجراد والعصفور ونحوهما تحته، وكان أبو حنيفة يقول أولاً يدخل فيه رأس الإبل والبقر والغنم، ثم رجع فيه إلى رأس البقر والغنم خاصة، وعندهما في رأس الغنم خاصة. فعمله أنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان. ينظر: «شرح ملا مسكين» (ص ١٤٧).

والشحم بشحم البطن، والخبز بخبز البر والشعير لا خبز الأرض ببلدة لا يعتاد فيه، والفاكهة بالتفاح والمشمش، والبطيخ، لا العنب، والرمان، والرطب، والقثاء، والخيار، والشرب من نهر بالكرع منه، فلا يحث لو شرب منه بإناء بخلاف الحلف من مائه. وتحليف الوالي رجلاً؛ ليُعْلِمَهُ بكل داصر أتى البلدة بحال ولايته، والضرب، والكسوة، والكلام، والدخول عليه بالحياة، لا الغسل

عليه، (والشحم بشحم البطن^(١))، هذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وأمّا عندهما يتناول شحم الظهر، (والخبز بخبز البر والشعير لا خبز الأرض ببلدة لا يعتاد فيه، والفاكهة بالتفاح والمشمش، والبطيخ، لا العنب، والرمان، والرطب، والقثاء، والخيار): هذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعنهما العنب، والرمان، والرطب فاكهة.

(والشرب من نهر بالكرع^(٢)) منه، فلا يحث لو شرب منه بإناء): هذا عند أبي حنيفة رحمه الله، فإن: من؛ عنده لا ابتداء الغاية، وعنهما للتبعيض: أي لا يشرب من مائه^(٣)، (بخلاف الحلف من مائه^(٤)).

وتحليف الوالي رجلاً؛ ليُعْلِمَهُ بكل داصر أتى البلدة^(٥) بحال ولايته): أي يقيد تحليف الوالي رجلاً؛ ليُعْلِمَهُ بكل مفسد أتى البلد بحال ولايته^(٦).
(والضرب، والكسوة، والكلام، والدخول عليه بالحياة، لا الغسل): أي

(١) شحم البطن: وهو ما كان مدوراً على الكرش، أما ما بين المصارين ونحوه فيسمى شحم الأمعاء. ينظر: «حاشية الطحطاوي» (٢: ٣٥٢).

(٢) الكرع: تناول الماء بالفم من موضعه، يقال: كرع الرجل في الماء وفي الإناء إذا مدّ عنقه نحوه ليشربه. ينظر: «المغرب» (ص ٤٠٦).

(٣) وهذه المسألة مبنية على أن الأولى اعتبار الحقيقة المستعملة، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، أو المجاز المتعارف، وهو قولهما. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٢٧١).

(٤) لأنه شرب ماء مضافاً إلى دجلة فحث ولو حلف لا يشرب ماءً من دجلة ولا نية له فشربة منها بإناء لم يحث حتى يضع فاه في دجلة؛ لأنه لما ذكر: من؛ وهي للتبعيض صارت اليمين على النهر، فلم يحث إلا بالكرع، وإن حلف لا يشرب من هذا الجب، فإن كان مملوءاً فهو على الكرع لا غير عند أبي حنيفة رحمه الله. ينظر: «الجوهرية» (٢: ٢٠٢).

(٥) زيادة من س و م.

(٦) لأن المقصود منه دفع شره، أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطته، والزوال بالموت وكذا بالعزل. ينظر: «الهداية» (٢: ٩٤).

والقريب بما دون الشهر في ليقضين دينه إلى قريب، والشهر بعيد. وما اصطيغ به فإدام وكذا الملح لا الشواء، ولا يحنث في لا يأكل من هذا البسر فاكل رطبة، أو من هذا الرطب أو اللين فاكل تمراً أو شيرازاً، أو بسراً فاكل رطباً

إن حلف ليضرب زيدا يقيد بحال حياته، ولو حلف لأغسل زيدا لا يتقيد بحال حياته.

(والقريب بما دون الشهر): أي يقيد القريب بما دون الشهر (في ليقضين دينه إلى قريب، والشهر بعيد^(١)).

وما اصطيغ به فإدام وكذا الملح لا الشواء^(٢): في "المغرب": قال ابن الأثيري^(٣) : الإدام ما يطيب الخبز ويصلحه ويتلذذ به الأكل، وهو يعم المانع وغير المانع، وأما الصيغ فمختص بالمانع^(٤)، وهو ما يغمس فيه الخبز، ويلون به.

(ولا يحنث في لا يأكل من هذا البسر^(٥) فاكل رطبة، أو من هذا الرطب أو اللين فاكل تمراً أو شيرازاً^(٦))، أو بسراً فاكل رطباً: أي لا يحنث في لا يأكل بسراً فاكل رطباً، واعلم أنه لا فرق بين قولنا: لا يأكل من هذا البسر فاكله رطباً، وبين قولنا: لا يأكل بسراً فاكل رطباً، بناءً على أن البسر والرطب من أسماء الأجناس، فإذا

(١) فلو قضى تمام الشهر حنث وقبلة بر؛ لأن الشهر وما زاد عليه يُعد في العرف بعيداً وما دونه يُعد قريباً؛ ولذا يقال عند بُعْدِ العهد ما لقيتك منذ شهر. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٥٨١).

(٢) أي لو حلف لا يأتد فكل شيء اصطيغ به فهو إدام، والشواء ليس بإدام، والملح إدام، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما، وقال محمد: كل ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام. ينظر: «بداية المبتدي» (ص ٨٥).

(٣) وهو محمد بن القاسم بن محمد بن بشر بن الحسن بن بيان الأنباري، أبو بكر، قال ابن خلكان: كان علامة وقته في الآداب، وأكثر الناس حفظاً لها، وكان صدوقاً ثقة ديناً خيراً من أهل السنة، وقيل: إنه كان يحفظ مئة وعشرين تفسيراً للقرآن بأسانيدها، من مؤلفاته: «الكافي» في النحو، و«غريب الحديث»، و«الإيضاح في الوقف والابتداء»، (٢٧١- ٣٢٨هـ). ينظر: «معجم الأدباء» (١٨: ٣٠٧- ٣١٣)، «وفيات الأعيان» (٤: ٣٤١- ٣٤٣)، «معجم المؤلفين» (٣: ٥٩٧).

(٤) انتهى من «المغرب» (ص ٢٢). باختصار.

(٥) البسر: اسم لثمر النخل في مرتبته الرابعة من مراتبه الست، وهي: طلع، ثم خلال، ثم بلح، ثم بسر، ثم رطب ثم تمر. ينظر: «الصحاح» (١: ٩٢).

(٦) الشيراز: وهو اللين الرائب إذا استخرج منه ماؤه. ينظر: «المغرب» (ص ٢٤٨).

أو لحماً فاكل سمكاً، أو لحماً أو شحمًا فاكل آيةً، ولا في لا يشتري رطباً فاشترى
كياسةً بسرٍ فيها رطب. وحنث لو حلف لا ياكل رطباً أو بسرًا أو ولا بسرًا فاكل
مذنبًا

صار رطباً، صار ماهيةً أخرى كما بينا^(١) في لا يدخل بيتاً^(٢).
(أو لحماً فاكل سمكاً)^(٣): أي لا يحنث في لا ياكل لحماً فاكل سمكاً، (أو لحماً
أو شحمًا فاكل آيةً، ولا في لا يشتري رطباً فاشترى كياسةً)^(٤) بسرٍ فيها رطب^(٥).
وحنث لو حلف لا ياكل رطباً أو بسرًا أو ولا بسرًا فاكل مذنبًا: أي حلف
لا ياكل رطباً فاكل مذنباً، أو حلف لا ياكل بسرًا فاكل مذنباً، أو حلف لا ياكل رطباً
ولا بسرًا فاكل مذنباً حنث هذا عند أبي حنيفة رحمته الله؛ لأن المذنب بعضه رطب وبعضه
بسر، فمن أكله أكل الرطب والبسر.
وقال في «الهداية»: إن عندهما إذا حلف لا ياكل رطباً لا يحنث بالبسر المذنب،
وإذا حلف لا ياكل بسرًا لا يحنث بالرطب المذنب^(٦).

(١) زيادة من أوس و ص و ف.

(٢) (ص ١٧٢ - ١٧٣).

(٣) مرّ عند مسألة لا يدخل بيتاً؛ عدم قبول العلماء بما علّل به الشارح، وهنا كذلك، قال ملا خسرو في
«الدور» (٢: ٥٠) في تعليل ذلك: لأن هذه صفات داعية إلى اليمين، وقد صرح في «الكافي» وغيره: إن
الصفة في المعين لغو إلا إذا كانت داعية إلى اليمين كما في مسألة الرطب إذ ربما يضره الرطب لا التمر،
والفرق بين المسألتين أن صفة البسرة وصفة الرطوبة وجدنا ثمة في المعين وكان مقتضى قولهم الصفة في
المعين لغو أن تكون لغواً، لكنها لم تلغ لكون الصفة داعية إلى اليمين وهامنا وجدت في المنكر والصفة
فيه معتبرة اهـ.

(٤) لأن اللحم ما يتولد من الدم وليس في السمك دم، ومطلق الاسم يتناول الكامل، وكذلك من حيث
العرف لا يستعمل السمك استعمال اللحم في اتخاذ الباحات منه، وبائع السمك لا يسمى لحماً،
والعرف في اليمين معتبر، إلا أن يكون نوى السمك، فحينئذ تعمل نيته؛ لأنه لحم من وجه. ينظر:
«المبسوط» (٨: ١٧٦).

(٥) كياسة: عقود النخل، والجمع كيانس. ينظر: «البحر» (٤: ٤٨٧).

(٦) لأن البيع يصادفه جملةً فيكون القليل تابعاً للكثير ولهذا بائعه لا يسمى بائع الرطب. ينظر: «النيبين» (٣: ١٢٦).

(٧) انتهى من «الهداية» (٢: ٨٠)، بتصرف.

أو لا يأكل لحمًا فاكل كبداً أو كرشاً أو لحم خنزير أو إنسان، والغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر، والعشاء منه إلى نصف الليل

وقد قال في «المغرب»: البسر المذنب: وقد ذُتِبَ إذا بدأ له الإرباط من قبل ذنبه، وهو ما سَقِلَ من جانب المقمَع^(١) والعلاقة^(٢).

ولا شك أن الإرباط ليس إلا من جانب واحد، وهو الذي ليس عليه القمَع والعلاقة، فهذا الجانب هو الذنب، إذا عرفت هذا فكيف يصح ما قال في «الهداية»: إن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر، والبسر المذنب على العكس^(٣): أي ما في ذنبه قليل رطب.

فأقول: أصناف الثمر التي رأيناها من تمر بغداد وفارس وكرمان^(٤) يبدأ إرباطها من الجانب الذي ليس عليه القمَع، ففي غير هذه البلاد إن كان ابتداء الإرباط من طرف القمَع، فما قال صاحب «الهداية» يكون صحيحاً.

وإن لم يكن الإرباط من جانب القمَع، فوجه صحته أن الرطب المذنب ما يكون أكثره رطباً، والبسر المذنب ما يكون أكثره بسراً، ثم لما كان البسر من طرف القمَع فرأس البسر ما يلي القمَع، وذنبه الطرف الآخر، ولما كان الرطب هو الطرف الآخر، فرأس الرطب طرفه الجار، وذنبه طرف القمَع، فهذا وجه صحته.

(أو لا يأكل لحمًا فاكل كبداً أو كرشاً أو لحم خنزير أو إنسان): قيل: لا بحث بأكل الكبد والكرش في عرفنا^(٥)؛ لأنهما في عرفنا لم يعدا لحمًا، وأما لحم الخنزير والإنسان فهما لحم حقيقة فيبحث بهما.

(والغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر، والعشاء منه إلى نصف الليل)^(٦).

(١) وقع في النسخ: القمَع، والمثبت من «المغرب»: وقمَع البُسرة: ما يلتزق بها حول علاقتها. ينظر: «المغرب» (ص ٣٩٤).

(٢) انتهى من «المغرب» (ص ١٧٨).

(٣) انتهى من «الهداية» (٢: ٨٠).

(٤) كَرْمَان: بفتح الكاف، وقيل: بالكسر، والفتح هو الصحيح، ولاية كبيرة تحتوي على عدة بلاد وقرى ومدن واسعة، بين فارس ومكران وسجستان وخراسان، وهي بلاد كثيرة النخل والزروع والمواشي والضرع تشبه بالبصرة في كثرة التمور وجودتها وسعة الخيرات. ينظر: «معجم البلدان» (٤: ٤٥٤). «الجواهر» (٤: ٢٩٧). «الفوائد» (ص ١٥٧).

(٥) وفي «الشرنبلالية» (١: ٥١): هو الصحيح كما في «البرهان».

(٦) وفي عرف مصر والشام ما يؤكل من طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحى يسمى فطوراً، والعشاء ما بعد صلاة العصر، فيعمل بعرفهم. ينظر: «الدر المختار» (٣: ٩٦).

وَالسُّحُورُ مِنْهُ إِلَى الْفَجْرِ. وَفِي إِنْ لَبَسْتَ، أَوْ أَكَلْتَ، أَوْ شَرِبْتَ، وَنَوَى حِينَئِذٍ لَمْ يُصَدِّقْ أَصْلًا، وَلَوْ ضَمَّ ثَوْبًا، أَوْ طَعَامًا، أَوْ شَرَابًا دِينَ، وَتَصَوَّرَ الْبِرَّ شَرْطُ صَحَّةِ الْحَلْفِ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ عليه السلام، فَمَنْ حَلَفَ لِأَشْرَبِنَ مَاءَ هَذَا الْكَوْزِ الْيَوْمَ، وَلَا مَاءَ فِيهِ، أَوْ كَانَ فَصَبَ فِي يَوْمِهِ لَا يَحْنُثُ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَكَلَا فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي وَالسُّحُورُ مِنْهُ إِلَى الْفَجْرِ^(١).

وَفِي إِنْ لَبَسْتَ، أَوْ أَكَلْتَ، أَوْ شَرِبْتَ، وَنَوَى حِينَئِذٍ لَمْ يُصَدِّقْ أَصْلًا^(٢): أَيِ إِنْ نَوَى ثَوْبًا مَعِينًا، أَوْ طَعَامًا مَعِينًا، أَوْ شَرَابًا مَعِينًا لَمْ يُصَدِّقْ قِضَاءً، وَلَا دِيَانَةً؛ لِأَنَّ الْمُنْفِي مَاهِيَةُ اللَّبْسِ، وَلَا دَلَالَةً لَهُ عَلَى الثَّوْبِ إِلَّا اقْتِضَاءً، وَالْمُقْتَضَى لَا عُمُومَ لَهُ، فَلَا يَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ التَّخْصِيسِ.

(وَلَوْ ضَمَّ ثَوْبًا^(٣)، أَوْ طَعَامًا، أَوْ شَرَابًا دِينَ): أَيِ صَدَّقَ دِيَانَةً لَا قِضَاءً؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ عَامًّا، فَنِيَّةُ التَّخْصِيسِ خِلَافُ الظَّاهِرِ، فَلَا يُصَدِّقُ فِي الْقِضَاءِ.

(وَتَصَوَّرَ الْبِرَّ شَرْطُ صَحَّةِ الْحَلْفِ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ عليه السلام، فَمَنْ حَلَفَ لِأَشْرَبِنَ مَاءَ هَذَا الْكَوْزِ الْيَوْمَ، وَلَا مَاءَ فِيهِ، أَوْ كَانَ فَصَبَ فِي يَوْمِهِ لَا يَحْنُثُ^(٤))، أَعْلَمَ أَنَّ إِمْكَانَ الْبِرِّ شَرْطُ صَحَّةِ الْحَلْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عليهما السلام سِوَاءَ كَانَ بِاللَّهِ تَعَالَى، أَوْ بِالطَّلَاقِ، أَوْ بِالْعِتَاقِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ عليه السلام لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَإِنْ حَلَفَ: وَاللَّهِ لِأَشْرَبِنَ الْمَاءَ الَّذِي فِي هَذَا الْكَوْزِ الْيَوْمَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ، وَلَا مَاءَ لَا يَحْنُثُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ عليه السلام يَحْنُثُ، وَإِنْ حَلَفَ وَكَانَ فِيهِ مَاءٌ فَارِيقٌ فِي الْيَوْمِ، فَالْحَكْمُ مَا ذُكِرَ.

(وَإِنْ أَطْلَقَ فَكَلَا فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي): أَيِ إِنْ لَمْ يَقْلُ الْيَوْمَ لَا يَحْنُثُ فِيمَا لَمْ

(١) وَالْغَدَاءُ وَالْعِشَاءُ مَا يَقْصَدُ بِهِ الشَّيْعُ عَرَفًا، وَيُعْتَبَرُ فِي حَقِّ أَهْلِ كُلِّ بَلَدٍ عَادَتُهُمْ حَتَّى لَوْ حَلَفَ لَا يَتَغَدَّى

لَا يَحْنُثُ بِاللَّبَنِ وَالْتِمَرِ إِلَّا إِذَا كَانَ بِدَوْبًا. يَنْظُرُ: «شَرَحَ مَلَا مَسْكِينَ» (ص ١٤٨).

(٢) لِأَنَّ النِّيَّةَ إِنَّمَا تَصَحُّ فِي الْمَلْفُوظِ وَالثَّوْبِ وَمَا يَضَاهِيهِ غَيْرُ مَذْكُورٍ تَنْصِيبًا، وَالْمُقْتَضَى لَا عُمُومَ لَهُ. فَلَمَّا

نِيَّةُ التَّخْصِيسِ فِيهِ. يَنْظُرُ: «الْهِدَايَةُ» (٢: ٨٢).

(٣) أَيِ لَوْ قَالَ: إِنْ لَبَسْتَ ثَوْبًا وَنَوَى ثَوْبًا مَعِينًا...

(٤) لِاسْتِحَالَةِ الْبِرِّ، أَمَّا الْأَوَّلُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ الْبِرَّ فِي الْمَوْقِفِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ فِي آخِرِ الْوَقْتِ، وَهُوَ

مُسْتَحِيلٌ فِيهِ، وَيَحْنُثُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ عليه السلام فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ ذَلِكَ الْيَوْمِ، حَتَّى نَجِبَ عَلَيْهِ الْكُفَّارَةُ

إِذَا مَضَى ذَلِكَ الْيَوْمُ. يَنْظُرُ: «فَتْحُ بَابِ الْعِنَايَةِ» (٢: ٢٧٨).

وفي ليعصدن السماء، أو ليقلين هذا الحجر ذهباً، أو ليقتلن فلاناً عالماً بموته انعقد اليمين لتصوير البر، وحنث للعجز، وإن لم يعلمه فلا، ومد شعرها، وخنقها، وعضها، كضربها

يكن في الكوز ماء عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمته، وإن كان فصّب بحث إجماعاً؛ وذلك لأنه إذا لم يكن في الكوز ماء، فالبر غير ممكن سواء ذكر اليوم أو لا، وإن كان فيه ماء فإن ذكر اليوم فالبر إنما يجب عليه في الجزء الأخير من اليوم، فإذا صب لم يكن البر متصوراً.

وإن لم يذكر اليوم فالبر إنما يجب عليه إذا فرغ من التكلم، لكن موسعاً بشرط أن لا يفوته في مدة عمره، والبر متصور عند الفراغ من التكلم فانعقد اليمين، وعند أبي يوسف رحمته بحث في الكل، ففي المؤقت بعد مضي الوقت، وفي غير المؤقت بحث في الحال.

(وفي ليعصدن السماء، أو ليقلين هذا الحجر ذهباً، أو ليقتلن فلاناً عالماً بموته انعقد اليمين^(١) لتصوير البر، وحنث للعجز، وإن لم يعلمه فلا^(٢))، وفيه خلاف زفر رحمته، فعنده لا ينعقد اليمين؛ لكون البر مستحيلاً عادة.

قلنا: هذه الأمور ممكنة في ذاتها، فيكفي هذا لإنعقاد اليمين، ويبحث في الحال بلا توقف إلى زمان الموت للعجز عادة.

وإنما قلنا عالماً بموته؛ لأنه حينئذ يراؤ قتله بعد إحياء الله تعالى، وهو ممكن غير واقع، فينعقد اليمين، ويبحث في الحال.

أما إذا لم يكن عالماً بموته، فالمراد القتل المتعارف، ولما كان ميتاً كان القتل المتعارف ممتنعاً، فصار كمسألة الكوز.

(ومد شعرها، وخنقها، وعضها، كضربها^(٣)).

(١) زيادة من أ و ب و س و م.

(٢) أما إذا وقت فقال: لأصعدن غداً لم يحنث حتى بمضي ذلك الوقت، حتى لو مات قبله لا كفارة عليه إذ لا حنث. ينظر: «الفتح» (٥: ١٤١).

(٣) أي لو حلف لا يضربها ففعل بها هذه الأشياء يحنث؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤلم وقد تحقّق. ينظر:

«التبيين» (٣: ١٥٨).

[فصل اليمين في لبس الثياب وغير ذلك]

وقطن ملكة بعد إن لبست من غزلك فهدى، فغزلته ونسج وليس هدى، وخاتم ذهب حلي لا خاتم فضة، وعندهما: عقد لؤلؤ لم يرصع حلي، وبه يفتى. ومن حلف لا ينام على هذا الفراش، فنام على قرام فوقه حنث، لا من جعل فوقه فراشاً آخر، أو حلف لا يجلس على الأرض، فجلس على بساط، أو حصير فوقه، بخلاف جلوسه على سرير آخر فوقه، فإن الجلوس على

[فصل اليمين في لبس الثياب وغير ذلك]

(وقطن ملكة^(١)) بعد إن لبست من غزلك فهدى، فغزلته ونسج وليس هدى؛ قطن: مبتدأ، وهدى: خبره، ومعنى الهدى ما يهدى إلى مكة للتصدق، وعندهما إن كان القطن ملكة يوم الحلف، فغزلته ونسج وليس يجب أن يهدى إلى مكة، وإن لم يكن القطن ملكة يوم الحلف لا. (وخاتم ذهب حلي لا خاتم فضة^(٢))، وعندهما: عقد لؤلؤ لم يرصع حلي، وبه يفتى^(٣).

ومن حلف لا ينام على هذا الفراش، فنام على قرام^(٤) فوقه حنث، لا من جعل فوقه فراشاً آخر؛ لأن القرام تبع للفراش لا الفراش الآخر. (أو حلف لا يجلس على الأرض، فجلس على بساط، أو حصير فوقه)، حيث لا يحنث؛ لأنه لم يجلس على الأرض، (ولو حال بينه وبينها لباسه حنث)؛ لأنه جلس على الأرض ولباسه تبع له، (كمن حلف لا يجلس على هذا السرير، فجلس على بساط فوقه)؛ لأن الجلوس على هذا السرير لا يعتاد بدون أن يجعل عليه بساط، فالجلوس على البساط جلوس على السرير. (بخلاف جلوسه على سرير آخر

(١) في ت وج و ق: ملك.

(٢) أي في حلفه لا يلبس حلياً يحنث بلبس خاتم ذهب ...

(٣) لأن التحلي به على الانفراد معتاد، والمعتبر في اليمين العرف لا الحقيقة، ولعل هذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان، فكان في زمانه لا يتحلى به إلا مرضعاً. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٢٨٠).

(٤) قرام: ستر رقيق. ينظر: «المصباح المنير» (ص ٥٠٠).

فوقه، فإن الجلوس على السرير الآخر لا يكون جلوساً على ذلك السرير. ولا بفعله يقع على الأبد، ويفعله على مرة.

افصل اليمين في الحج والصلاة والصوم

وبعَلَى المَشْيِ إلى بيت الله تعالى، أو إلى الكعبة، يجبُ حجٌّ أو عمرَةٌ مشياً، ودمٌ إن ركب، ولا شيءٌ بعَلَى الخروج، أو الذهاب إلى بيت الله تعالى، أو المشي إلى الحرم، أو المسجد الحرام، أو الصفا والمروة. ولا يُعْتَقُ عبدٌ قيل له: إن لم أحجَّ العامَ فأنْتَ حرٌّ، فشهدا بنحره بكوفة

فوقه، فإن الجلوس على السرير الآخر لا يكون جلوساً على ذلك السرير. ولا بفعله يقع على الأبد، ويفعله على مرة^(١)، اعلم أن قوله: لا يفعل هذا في العرف سلب لقوله: يفعله، وقوله: يفعله واقع على مرة، فقوله: لا يفعله يكون للأبد.

افصل اليمين في الحج والصلاة والصوم

(وبعَلَى المَشْيِ إلى بيت الله تعالى، أو إلى الكعبة، يجبُ حجٌّ أو عمرَةٌ مشياً، ودمٌ إن ركب، ولا شيءٌ بعَلَى الخروج، أو الذهاب إلى بيت الله تعالى، أو المشي إلى الحرم)، هذا عند أبي حنيفة رحمته، وأمّا عند أبي يوسف رحمته ومحمد رحمته فيلزمه حجٌّ، أو عمرَةٌ مشياً، (أو المسجد الحرام، أو الصفا والمروة^(٢)).

ولا يُعْتَقُ عبدٌ قيل له: إن لم أحجَّ العامَ فأنْتَ حرٌّ، فشهدا بنحره بكوفة)، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمتهما، وأمّا عند محمد رحمته، يعْتَقُ؛ لأنّه قامتْ شهادتُهما على أمرٍ معلوم، وهو التّضحية بكوفة، ومن ضروريته عدمُ الحجِّ، وهو شرطُ العتق. وقالوا: هذا شهادة على النّفي،^(٣) والشّهادة على النّفي غيرُ مقبولة.

فنقول: النّفي الذي يحيطُ به علمُ الشّاهد، هو مثلُ الإثبات على ما بيّن في أصول

(١) يعني إذا قال: والله لا أفعل كذا وجب أن لا يفعله أبداً؛ لأنه في المعنى نكرة في سياق النفي. ويفعله

يقع على مرة؛ لأنه نكرة في سياق الإثبات. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٥٤)

(٢) لأن التزام الحج والعمرة بهذه الألفاظ غير متعارف عنده خلافاً لهما. ينظر: «الهداية» (٢: ٩١).

(٣) زيادة من ب و س و ف و م.

وحدث بصوم ساعة بنية في لا يصوم، لا لو ضم يوماً، أو صوماً حتى يتم يوماً، وبركة في لا يصلي لا بما دونها، ولم ضم صلاة فبشفع لا بأقل. وبولد ميت في: إن ولدت فانت كذا. وعتيق الحي في: إن ولدت فهو حر، إن ولدت ميتاً ثم حياً، وفي: ليقضين دينه اليوم، وقضاء زيوفاً، أو نبهرجة، أو مستحقة، أو باعه به الفقه^(١) في الترجيح^(٢).

(وحدث بصوم ساعة بنية في لا يصوم، لا لو ضم يوماً، أو صوماً حتى يتم يوماً)^(٣)؛ فإن قلت الصوم الشرعي، هو صوم اليوم، واللفظ إذا كان له معنى لغوي، ومعنى شرعي يحمل على المعنى الشرعي. قلت: الشرع قد أطلقه على ما دون اليوم في قوله تعالى: ﴿لَمَّا أَتَمُّوا الصَّيَّامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾^(٤)، فالصوم التام صوم يوم، فإذا قال: لا أصوم يوماً، أو لا أصوم صوماً، يراد به الصوم التام.

(وبركة في لا يصلي لا بما دونها، ولم ضم صلاة فبشفع لا بأقل. وبولد ميت في: إن ولدت فانت كذا.

وعتيق الحي في: إن ولدت فهو حر، إن ولدت ميتاً ثم حياً)، هذا عند أبي حنيفة رحمته، وأما عندهما فلا يعتق؛ لأن اليمين انحلت بولادة الميت. قلنا: لم تنحل؛ لأن قوله: إن ولدت؛ المراد به الحي بقرينة قوله: فهو حر؛ لأن الميت لا يمكن حرته.

(وفي: ليقضين دينه اليوم، وقضاء زيوفاً، أو نبهرجة، أو مستحقة^(٥)، أو باعه به

(١) قال الشارح في «التفريح» في (باب المعارضة والترجيح) (٢: ٢١٨): وأما إذا كان أحدهما مثبتاً والآخر نافياً فإن كان النفي يعرف بالدليل كان مثل الإثبات وإن كان لا يعرف به بل بناءً على العدم الأصلي فالمثبت أولى لما قلنا في المحرم والمبيح وإن احتمل الوجهين ينظر فيه... وعلى هذا الأصل يتفرع الشهادة على النفي. اهـ.

(٢) ظاهر ما ذكره الشارح يقتضي ترجيح قول محمد رحمته، وقد قال عنه ابن الهمام في «الفتح» (٥: ١٨٦): أوجه.

(٣) لأنه لو ضم يوماً يكون صريحاً في تقدير المدة، وفي ضم صوماً أكد الصوم فيصرف إلى الكامل وهو الصوم المعتبر شرعاً. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٢٨٣).

(٤) من سورة البقرة، الآية (١٨٧).

(٥) مستحقة: أي أثبت الغير أنها حقه. ينظر: «رد المحتار» (٣: ١٣٣).

شيئاً وقبضه برّ، ولو كان ستّوقه، أو رصاصاً، أو وهبه له لا، وفي: لا يقبض دينه درهماً دون درهم حنث بقبض كله متفرقاً، لا ببعضه دون باقيه، أو كله بوزنين لم يتخللها إلا عمل الوزن. ولا في: إن كان لي إلا مئة فكذا، ولا يملك إلا خمسين

شيئاً وقبضه برّ، ولو كان ستّوقه، أو رصاصاً، أو وهبه له لا^(١)، سيجيء في مسائل شتى من (كتاب القضاء)^(٢): إن الزيف ما يرده بيت المال، والتبهرجة ما يرده التجار، والستّوقه ما غلب غشه، فالزيف والتبهرجة ما يكون الفضّة غالبية على الغش حتى يكون من جنس الدراهم، لكن يُرد للغش.

وفي "المغرب" قيل: الزيف دون التبهرجة^(٣) في الرداء؛ لأنه يرده بيت المال، والتبهرجة^(٤) ما يرده التجار^(٥).

(وفي: لا يقبض دينه درهماً دون درهم حنث بقبض كله متفرقاً، لا ببعضه دون باقيه^(٦))، أو كله بوزنين لم يتخللها إلا عمل الوزن^(٧).

ولا في: إن كان لي إلا مئة فكذا، ولا يملك إلا خمسين، هذا بناء على أن الاستثناء عندنا تكلم بالباقي بعد الثبوت^(٨)، وليس الاستثناء من النفي إثباتاً، فإن قوله: إن كان لي إلا مئة فكذا معناه ليس لي إلا مئة، فهو لنفي ما فوق المئة^(٩)، وأما إثبات المئة فغير لازم عندنا.

(١) أي لا يبرأ، أما الستّوقه والرصاص فلائهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم، وأما الهبة فلعدم المقاصة. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٥٦).

(٢) (٣: ١٢٨).

(٣) وقع في «المغرب»: البهرج، والمثبت من النسخ.

(٤) وقع في «المغرب»: البهرج، والمثبت من النسخ.

(٥) انتهى من «المغرب» (ص ٢١٥)، بتصرف يسير.

(٦) فلا يحنث ما دام على المديون منه شيء، ولو قيد باليوم لم يحنث؛ لأن الشرط أخذ الكل في اليوم

متفرقاً. ينظر: «الدر المنثور» (١: ٥٨٢).

(٧) لأنه لا يعد تفريقاً عرفاً ما دام في عمل الوزن، وهذا إذا لم يتشاغل بين الوزنين بعمل آخر. ينظر:

«مجمع الأنهر» (١: ٥٨٢).

(٨) أي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء. ينظر: «العناية» (٤: ١٤٢).

(٩) فإن صدر الكلام أي المستثنى منه، وهو المال تناول المائة وما فوقها، والاستثناء دلّ على نفي ما عدا

المستثنى، وكأنه قال: لا أملك ما فوق المئة فإن كنت مالكا له فكذا. ينظر: «العمدة» (٢: ٢٦٥).

ولا في: لا يشم رجحاناً إن شم ورداً، أو ياسميناً، والبنفسج والورد على الورق.

باب الحلف بالقول

افصل اليمين في الكلام والبيع والشراء والتزوج وغير ذلك

وحنث في: حلف لا يكلمه إن كلمه نائماً بشرط إيقاظه. وفي: إلا بإذنه إن أذن ولم يعلم به فكلمه. وفي: لا يكلم صاحب هذا الثوب فباعه فكلمه. وفي: لا يكلم هذا الشاب فكلمه شيخاً. وفي: هذا حر إن بعته أو اشتريته إن عقد بالخيار

(ولا في: لا يشم رجحاناً إن شم ورداً، أو ياسميناً)؛ لأنَّ الرجحان ما لا ساق له، والورد والياسمين لهما ساق، (والبنفسج والورد على الورق)^(١)؛ أي ورق الورد دون أعجاز الورد التي عليها الورد.

باب الحلف بالقول

افصل اليمين في الكلام والبيع والشراء والتزوج وغير ذلك

(وحنث في: حلف لا يكلمه إن كلمه نائماً بشرط إيقاظه.

وفي: إلا بإذنه): أي وحنث في: حلف لا يكلمه إلا بإذنه، (إن أذن ولم يعلم به فكلمه)؛ لأنَّ الإذن إعلام، فإن أذن ولم يعلم، فهذا لا يكون إذناً، وعند أبي يوسف رحمته لا يحنث؛ لأنَّ الإذن هو الإطلاق^(٢).

(وفي: لا يكلم صاحب هذا الثوب فباعه فكلمه.

وفي: لا يكلم هذا الشاب فكلمه شيخاً)؛ لأنَّ الوصف المذكور لا يصلح مانعاً من التَّكَلُّم فيراد الدَّات.

(وفي: هذا حر إن بعته أو اشتريته إن عقد بالخيار): أي إذا قال: إن بعته فهو حر، فباعه على أنه بالخيار يعتق؛ لأنَّه لم يخرج عن ملكه، وقد وجد الشرط، وهو البيع^(٣)، ولو قال: إن اشتريته، فهو حر فشراءه على أنه بالخيار عُتِق.

(١) أي يقعان على ورقهما، فلو حلف أن لا يشتري بنفسجاً أو ورداً يقع على الورق. ينظر: «شرح ملا مسكين» (ص ١٥٣).

(٢) أي إجازة وإباحة وهو يتم بالإذن كالرضا. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢٦٦).

(٣) أما إن باعه بيعاً لازماً أو باطلاً لم يعتق، أما في البات فلأنه كما تم البيع زال الملك والجزاء لا ينزل في غير الملك. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٢٨٧).

وفي: إن لم أبغ فكذا، فاعتق أو دبّر، وبفعل وكيله في حلف النكاح، والطلاق، والخلع، والعتق، والكتابة، والصِّلح عن دم عمد، والهبة، والصدقة، والقرض، والاستقراض، والإيداع، والاستيداع، والإعارة، والاستعارة، والذَّبْح، وضرب العبد، وقضاء الدين، وقبضه، والبناء، والخياطة، والكسوة، والحمل، لا في حلف البيع، والشراء، والإجارة، والاستتجار، والصِّلح عن مال، والخصومة، والقسمة، وضرب الولد

أما على أصلهما ؛ فلأنه دخل في ملك المشتري.

وأما على أصل أبي حنيفة رحمته الله ؛ فلأنه علّق العتق بالشراء ، فكأنه قال بعد الشراء بالخيار، فهو حر فيعتق.

(وفي: إن لم أبغ فكذا، فاعتق أو دبّر) : أي قال : إن لم أبغ فكذا : أي امرأته طالق ، فاعتقه أو دبّره طَلَّقَتْ امرأته ؛ لأنَّ الشرط وهو عدم البيع قد تحقق.

(وبفعل وكيله في حلف النكاح، والطلاق، والخلع، والعتق، والكتابة، والصِّلح عن دم عمد، والهبة، والصدقة، والقرض، والاستقراض^(١)، والإيداع، والاستيداع، والإعارة، والاستعارة، والذَّبْح، وضرب العبد، وقضاء الدين، وقبضه، والبناء، والخياطة، والكسوة، والحمل^(٢)) ؛ فإنَّ الوكيل في هذه العقود سفير محض حتى أن الحقوق ترجع إلى الأمر، فكأن الأمر فعل بنفسه.

(لا في حلف البيع، والشراء، والإجارة، والاستتجار، والصِّلح عن مال، والخصومة، والقسمة، وضرب الولد) ؛ لأنَّ العقد صدر من الوكيل حتى أنَّ الحقوق ترجع إليه، ولم يصدر من الموكل فلا بحث، والفرق بين ضرب العبد وضرب الولد : أن الضرب فعل حسي لا ينتقل من أحد إلى آخر، إلا إذا صحَّ التوكيل، وصحَّة التوكيل يكون في الأموال، فيصح في العبد دون الولد.

(١) أي إن أخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة وإلا فلا حث. ينظر : «رد المحتار» (٣ : ١١٨).

(٢) يعني حلف أن لا يفعل هذه الأفعال فوكل بها غيره ففعل حث ؛ لأن الفعل ينتقل إلى الأمر، وإن قال الحالف في الزواج والطلاق ونحوها نويت أن لا أفعل بنفسى صدق ديانة لا قضاء. وفي ضرب العبد وذبح الشاة لو نوى أن لا يلي ذلك بنفسه صدق ديانة وقضاء. ينظر : «شرح ابن ملك» (ق ١٣٦/١).

ولا في : لا يتكلم فقرأ القرآن ، أو سُبْح ، أو هَلَّل ، أو كَبَّر في الصلاة ، أو خارجها ، ويوم أَكَلَمَهُ على الملوين ، وصَحَّ نِيَّةُ النَّهَار ، وليلة أَكَلَمَهُ على اللَّيْلِ . وإلاَّ أن للغاية كَحَتَّى ، ففي : إن كَلَمْتَهُ إلاَّ أن يقدم زيد أو حَتَّى ، حنث إن كَلَمَهُ قبلَ قدومه ، لا إن كَلَمَهُ بعده . وفي : لا يكلم عبده ، أو امرأته ، أو صديقه ، أو لا يدخل داره إن زالت إضافته وكَلَمَهُ لا يحنث في العبد ، أشار إليه بهذا أو لا ، وفي غيره إن أشار بهذا حنث وإلاَّ فلا

(ولا في : لا يتكلم فقرأ القرآن ، أو سُبْح ، أو هَلَّل ، أو كَبَّر في الصلاة ، أو خارجها) : هذا عندنا فإنه لا يسمى متكلماً عرفاً وشرعاً ، وعند الشافعي^(١) لا يحنث ، وهو القياس ؛ لأنه كلامٌ حقيقة .

(ويوم أَكَلَمَهُ على الملوين) : قال لامرأته : أنت طالق يوم أَكَلَمَ فلاناً ، فهو على اللَّيْلِ والنَّهَار ، لما مرَّ في (باب إيقاع الطلاق) : إن اليوم إذا قرَنَ بفعلٍ غير ممتد يراد به مطلق الوقت ، (وصَحَّ نِيَّةُ النَّهَار) ؛ لأنه مستعملٌ فيه أيضاً ، وعند أبي يوسف^(٢) يصدق ديانة لا قضاء ؛ لأنه خلاف المتعارف . (وليلة أَكَلَمَهُ على اللَّيْلِ .

وإلاَّ أن للغاية كَحَتَّى ، ففي : إن كَلَمْتَهُ إلاَّ أن يقدم زيد أو حَتَّى ، حنث إن كَلَمَهُ قبلَ قدومه ،^(٣) لا إن كَلَمَهُ بعده .

وفي : لا يكلم عبده^(٤) ، أو امرأته ، أو صديقه ، أو لا يدخل داره إن زالت إضافته وكَلَمَهُ لا يحنث في العبد ، أشار إليه بهذا أو لا ، وفي غيره إن أشار بهذا حنث وإلاَّ فلا) : حلف لا يكلم عبدَ فلان ، أو حلف لا يكلم عبدَ فلانٍ هذا ، فزالت إضافته : أي لم يبق عبداً له ، فكَلَمَهُ لا يحنث .

أمَّا إذا لم يشتر فظاهر ، وإن أشار فلان العبد لسقوط منزله لا يعادى لذاته ، بل لمعنى في المضاف إليه ، فالإضافة تكون معتبرة ، فإذا زالت لا يحنث .

وإن حلف لا يكلم صديق فلان ، أو قال صديق فلان هذا ، أو حلف لا يدخل دار فلان ، أو قال : دار فلان هذه ، فلم يبق الصداقة وباع الدار ، فكَلَمَهُ ودخل الدار .

(١) المذكور في كتب الشافعية خلاف ذلك وهو أنه لا يحنث ، ينظر : «النتيه» (ص ١٢٤) ، و«الفرر البهية»

٥ : ٢٠٤) ، و«حاشيتا قليوبي وعميرة» (٤ : ٢٨٥) ، و«حاشية البجيرمي» (٤ : ٣٣١) ، غيرها .

(٢) زيادة من ب و ت و س و ق و م .

(٣) أي عبد فلان ، أو عبد نفسه . ينظر : «فتح باب العناية» (٢ : ٢٩٠) .

وحين وزمان بلا نية نصف سنة تُكر، أو عُرْف، ومعها ما نوى. والذَّهر لم يدر مُتْكرًا، وللابد معرفًا. وآيام منكرة ثلاثة، وآيام كثيرة، والآيام، والشهور، والسُّنُون عشرة.

[فصل في اليمين في العتق والطلاق]

وفي أوَّلِ عِبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ حُرًّا إِنْ اشْتَرَى عَبْدًا عَتِيقٌ، وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ، ثُمَّ آخَرَ، فَلَا أَصْلًا، فَإِنْ ضَمَّ: وَحْدَهُ؛ عَتِيقَ الثَّالِثِ

ففي صورة عدم الإشارة لا بحث؛ لأنَّ الإضافة معتبرة.
وفي صورة الإشارة بحث؛ لأنَّ هذه الأشياء يمكن أن تهجر لذاتها، فإذا كانت الذات معتبرة، كان الوصف وهو كونه مضافاً إلى فلان في الحاضر لغوًا.
(وحين وزمان بلا نية نصف سنة تُكر، أو عُرْف) (١): لقوله تعالى: ﴿تَوَظَّيْ أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾ (٢)، (ومعها ما نوى).
والذَّهر لم يدر مُتْكرًا (٣) قال أبو حنيفة رحمته الله: لا أدري ما الذَّهر، وعندهما: نصف سنة، مثل: لا أَكَلَمُهُ حِينًا، (وللابد معرفًا).
وآيام منكرة ثلاثة، وآيام كثيرة، والآيام، والشهور، والسُّنُون عشرة (٤).

[فصل في اليمين في العتق والطلاق]

وفي أوَّلِ عِبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ حُرًّا إِنْ اشْتَرَى عَبْدًا عَتِيقٌ: أي لا يحتاج لأوَّلِيَّتِهِ إلى شراء عِبْدٍ آخَرَ.
(وإِنْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ، ثُمَّ آخَرَ، فَلَا أَصْلًا): لأنَّ الأوَّلَ فردٌ لا يكون غيره من جنسِهِ سابقاً عليه، ولا مقارناً له، ولم يوجد.
(فَإِنْ ضَمَّ: وَحْدَهُ؛ عَتِيقَ الثَّالِثِ): أي قال: أوَّلُ عِبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ وَحْدَهُ حُرًّا، فَاشْتَرَى عَبْدَيْنِ، ثُمَّ آخَرَ عَتِيقَ الثَّالِثِ؛ لِأَنَّهُ أوَّلُ عِبْدٍ شَرَاهُ وَحْدَهُ.

(١) أي لو قال: لا أَكَلَمُهُ حِينًا أو زمانًا، أو قال: لا أَكَلَمُهُ الحين أو الزمان.

(٢) من سورة إبراهيم، الآية (٢٥).

(٣) يعني إذا لم تكن له نية. ينظر: «الشرنبلالية» (٢: ٥٩).

(٤) يعني إذا قال لعبده: إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حرٌّ، فهي عند أبي حنيفة عشرة أيام؛ لأنه أكثر ما يتناوله اسم الأيام، وقالوا: سبعة أيام، وإن حلف لا يكلمه الأيام فعلى عشرة، وإن حلف لا يكلمه الشهور فعلى عشرة أشهر. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٥٩).

وفي: آخر عبدٍ إن اشترى عبداً فمات لم يعتق، فإن اشترى عبداً، ثم آخر، ثم مات عتق الآخر يوم شري من كلِّ ماله، وعندهما يوم مات من ثلث ماله، ولا يصير الزوجُ فاراً لو علّق الثلاث به خلافاً لهما، وبكلِّ عبدٍ بشرني بكذا فهو حرٌّ، عتق أولُ ثلاثةٍ بشروه متفرّقين، والكلُّ إن بشروه معاً. وسقطُ بشراء أبيه لكفارته هي

(وفي: آخر عبدٍ إن اشترى عبداً فمات لم يعتق): قال: آخر عبدٍ اشترته حرٌّ فاشترى عبداً فمات المشتري، لا يعتق هذا، ولا يتوهم أنّه إذا مات يكون ذلك العبدُ آخر، لأنَّ الآخر لا بُدَّ له من أول، ولم يوجد.

(فإن اشترى عبداً، ثم آخر، ثم مات عتق الآخر يوم شري من كلِّ ماله، وعندهما يوم مات من ثلث ماله)؛ لأنَّ الآخريّة تحققت بالموت، فيعتق عند الموت من ثلث ماله، وله: إنَّ بالموت تبين أنّه كان آخراً عند الشراء، فيعتق في ذلك الوقت، (ولا يصيرُ الزوجُ فاراً لو علّق الثلاث به خلافاً لهما) والضّميرُ في: به؛ يرجعُ إلى الآخر. وصورة المسألة: رجلٌ قال: آخرُ امرأةٍ أتزوجها طالقٌ ثلاثاً، فتزوج امرأة، ثم أخرى، ثم مات، طلقت عند أبي حنيفة عليه السلام عند التّزوج فلا يصيرُ فاراً، فلا ترثُ عنده، وعندهما: تطلقُ عند الموت، فيصيرُ فاراً فترث.

(وبكلِّ عبدٍ بشرني بكذا فهو حرٌّ، عتق أولُ ثلاثةٍ بشروه متفرّقين، والكلُّ إن بشروه معاً^(١)).

وسقطُ بشراء أبيه^(٢) لكفارته هي): أي الكفارة، هذا عندنا، وأمّا عند زفر والشافعي^(٣) لا تسقط، فالحاصلُ أنّ النّيّة لا بُدَّ أن تكونَ مقارنةً لعلّة العتق، فهما جعللا القرابةَ علّةَ العتق، والملك شرطاً، ونحن جعلنا على العكس؛ لأنَّ الشرع جعلَ شراءَ القريبِ إعتاقاً؛ فإذا اشترى أباهُ بنيّة الكفارة كانت النّيّة مقارنةً لعلّة العتق، وعندهما لا حيث جعللا القرابةَ علّةً^(٤).

(١) لتحققها من الكل بدليل: (فَبَشْرُوهُ بِغُلَامٍ عَلِيمٍ) [الذاريات: ٢٨]. ينظر: «الدر المختار» (٣: ١١٣).

(٢) وكذا كلُّ رحمٍ محرمٍ منه.

(٣) ينظر: «المنهاج» (٣: ٣٦١)، و«تحفة الحبيب» (٤: ٢٠)، و«المحلي» (٤: ٢٣)، وغيرها.

(٤) فإن الملكَ عندهما شرطٌ والنّيّة ليست مقارنةً إلا بالشرط لا بالعلّة فلا تنفيذ في الإجزاء عن الكفارة.

ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢٧٣).



لا بشراء عبدٍ حلفَ بعتيه، ومستولدةً بنكاحٍ علقَ عتقها عن كفارته بشراؤها،
(وتعتقُ بأن تسريتُ أمةً فهي حرةٌ من تسراها وهي ملكةٌ يومَ حلف، لا من شراها
فتسراها، ويكُلُّ مملوكٌ لي حرًّا أمهاتُ أولاده، ومدبروه، وعبيده لا مكاتبوه إلا
بنيهم، وبهذا حرٌّ أو هذا وهذا لعبيده، عتقُ ثالثهم وخيرُ في الأولين كالطلاق

(لا بشراء عبدٍ حلفَ بعتيه): أي قال: إن اشتريتُ هذا العبدَ فهو حرٌّ، فشراءُ
بنية الكفارة لا تسقطُ الكفارة؛ لأنَّ علَّةَ العتقِ اليمين، والشراءُ شرطٌ له، فلا تكونُ النيةُ
مقارنةً للعلَّة.

يَرِدُ عليه: أنه قد ذُكِرَ في أصولِ الفقه أنَّ التعلُّيقَ عندنا يمنعُ العليَّةَ، فإذا وُجِدَ
الشرطُ يصيرُ المعلقُ علَّةً حينئذٍ، فتكونُ النيةُ مقارنةً لعلَّةِ العتق^(١).

(ومستولدةً بنكاحٍ علقَ عتقها عن كفارته بشراؤها): قوله: ومستولدةً بالجر
عطفٌ على عبد: أي ولا بشراءٍ مستولدة.

وصورتها: أن يقولَ لأمةٍ استولدها بالنكاحِ إن اشتريتُك فانت حرةٌ عن كفارةٍ
بيني، فاشتراها تعتقُ لوجودِ الشرط، ولا يجرُّه عن الكفارة؛ لأنَّ حرَّيتها مستحقةٌ
بالاستيلاد، "ولا يضافُ إلى اليمينِ من كلِّ وجه".

(وتعتقُ بأن تسريتُ أمةً فهي حرةٌ من تسراها وهي ملكةٌ يومَ حلف، لا من
شراها فتسراها)؛ لأنَّ هذه الأمةَ لم تكن في ملكه زمانَ الحلف، ولم يصفُ عتقها إلى
الملك أو سبيه، وفيه خلافُ زفر رحمته.

(ويكُلُّ مملوكٌ لي حرًّا أمهاتُ أولاده، ومدبروه، وعبيده لا مكاتبوه إلا
بنيهم)؛ لأنَّه لا يملكُهم يداً.

(وبهذا حرٌّ أو هذا وهذا لعبيده، عتقُ ثالثهم وخيرُ في الأولين كالطلاق)،
كأنَّه قال: أحدهما حرٌّ وهذا.

فإن قلتَ: بل هو كقوله: هذا حرٌّ أو هذان.

(١) أجاب عن هذا الإيراد ابن كمال باشا في «الإيضاح» (ق ٧٥/أ): بأنه ذكر في الأصول أيضاً أن الاعتبار
مقارنة النية لذات العلة لا لوصف العلية ولذلك شرطوا الأهلية حال التعليق لا حال وجود الشرط التي
هو زمان حدوث العلية، واللازم من منع التعليق العلية قبل وجود الشرط مقارنة النية للعلية لا
مقارنتها لذات العلة.

(٢) زيادة من ب و م.

ولام دخل على فعل يقع من غيره: كبيع، وشراء، وإجازة، وخياطة، وصباغة، وبناء، اقتضى أمره ليخصه به، فلم يحث في: إن بعث لك ثوباً إن باعه بلا أمره ملكه أو لا، وإن دخل على عين أو فعل لا يقع من غيره: كأكل، وشرب، ودخول، وضرب الولد، اقتضى ملكه، فحث في: إن بعث ثوباً لك إن باع ثوبه بلا أمره

قلت: قد أجبته عنه في "شرح التفتيح" بجوابين^(١)، فإن شئت فطالعه.

(ولام دخل على فعل يقع من غيره: كبيع، وشراء، وإجازة، وخياطة، وصباغة، وبناء، اقتضى^(٢) أمره ليخصه به^(٣))، فلم يحث في: إن بعث لك ثوباً إن باعه بلا أمره ملكه أو لا): أراد بدخوله على فعل تعلقه به، ففي قوله: إن بعث لك ثوباً فعبدته حرّاً، فاللام متعلق بالبيع، فيقتضي اختصاص البيع بالمخاطب، والفعل لا يختص بغير الفاعل إلا بالأمر: أي التوكيل، ولهذا اقتضى الأمر.

(وإن دخل على عين أو فعل لا يقع من غيره: كأكل، وشرب، ودخول، وضرب الولد، اقتضى ملكه، فحث في: إن بعث ثوباً لك إن باع ثوبه بلا أمره): هذا نظير دخول اللام على العين، وهو الثوب.

أمّا نظير دخوله: على فعل لا يقع من غيره، فقوله: إن أكلت لك طعاماً، أو شربت لك شراباً، اقتضى أن يكون الطعام أو الشراب ملك المخاطب، كما في قوله: إن أكلت طعاماً لك، فإنه وإن كان متعلقاً بالأكل صورة، فهو في المعنى متعلق بالطعام.

(١) الوجهان هما كما ذكر الشارح في «التوضيح» (١: ٢٠٧ - ٢٠٨):

الأول: أنه حينئذ يكون تقديره أحدهما حرّ وهذا حرّ وعلى ذلك الوجه يكون تقديره هذا حرّ أو هذان حران ولفظ حرّ مذكور في المعطوف عليه لا لفظ حران فالأول أن يضمّر في المعطوف ما هو مذكور في المعطوف عليه.

والثاني: إن قوله أو هذا مغير لمعنى قوله: هذا حر ثم قوله وهذا غير مغير لما قبله: لأن الواو للتشريك فيقتضي وجود الأول فيتوقف أول الكلام على المغير لا على ما ليس بمغير، فثبت التخيير بين الأول والثاني بلا توقف على الثالث فصار معناه أحدهما حر ثم قوله وهذا يكون عطفاً على أحدهما وهذان الوجهان تفرد بهما خاطري. اهـ.

(٢) في أوب وس وم: يقتضى.

(٣) أي بذلك الغير: لأن وضع اللام للاختصاص، وهو لا يتحقق هنا إلا بالأمر المفيد للتوكيل ينظر: «درر الحكام» (٢: ٦٠).

وفي: كلُّ عرسٍ لي، فكذا بعد قولِ عرسِهِ: نكحتُ عليَّ، طَلَّقَتْ هي، وصحُّ نَبْئِ
غيرها ديانة

وأما ضربُ الولدِ نحو: إن ضربتُ لك الولدَ فعبدهُ حرًّا، فافتضاءُ الملكِ فيه غيرُ
ممكِن إلا أن يرادَ بالملكِ الاختصاصُ.

(وفي: كلُّ عرسٍ لي، فكذا بعد قولِ عرسِهِ: نكحتُ عليَّ، طَلَّقَتْ هي، وصحُّ
نَبْئِ غيرها ديانة)^(١) فَإِنَّهُ قالَ هذا الكلامَ إرضاءً لها، فيكونُ المرادُ غيرها لا هي، لكنَّ
هذا خلافُ الظاهرِ؛ لأنَّ كلاً كلمةَ العمومِ، فلا يصدقُ قضاء.



(١) صورتها: إن مَنْ قالت امرأته: تزوجت عليَّ، فقال: كل امرأة لي طالق تطلق امرأته. ينظر: «فتح باب
المنابة» (٢: ٢٩٥).

كتاب الحدود

الحد: عقوبة مقدرة يجب حقاً لله تعالى، فلا تعزير، ولا قصاص حد، والزنا: وطء في قُبُلٍ خالٍ عن ملكٍ وشبهته، ويثبتُ بشهادة أربعة بالزنا لا بوطء أو جماع، فيسألهم الإمامُ عنه، ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنى؟ ومتى زنى؟ وبمن زنى؟

كتاب الحدود

(الحد: عقوبة مقدرة يجب حقاً لله تعالى، فلا تعزير، ولا قصاص حد).

أما التعزير؛ فلعدم التقدير.

وأما القصاص؛ فلأنه حقٌ ولي القصاص.

(والزنا: وطء في قُبُلٍ خالٍ عن ملكٍ وشبهته)؛ كمعتدة البائن أو الثلاث.

(ويثبتُ بشهادة أربعة بالزنا لا بوطء أو جماع، فيسألهم الإمامُ عنه، ما هو؟

وكيف هو؟ وأين زنى؟ ومتى زنى؟ وبمن زنى؟).

أما السؤالُ عن الماهية^(١)؛ فلأنَّ بعضَ الناسِ يطلقونه على كلِّ وطءٍ حرامٍ،

وأيضاً: قد أطلقه الشارعُ على غيرِ هذا الفعل، نحو: «العينان تزنيان»^(٢).

وأما عن الكيفية؛ فلأنه قد يقع الوطءُ من غيرِ إلقاء الختانين.

وأما عن أين؟؛ فلأنَّ الزنا في دارِ الحرب لا يوجبُ الحدَّ.

وأما عن متى؛ فلأنَّ التَّقادم لا يوجبُ الحدَّ.

وأما عن المزية؛ فلأنه قد يكون في وطئها شبهة؟

(١) أي عن حقيقة، كما في تعريفه.

(٢) من حديث أبي هريرة، وبهذا اللفظ في «صحيح ابن حبان» (١٠ : ٢٦٧)، و«مسند الربيع» (١ : ٢٤٩).

و«مسند البزار» (٥ : ٣٣٣)، و«مسند أحمد» (١ : ٤١٢)، و«مسند إسحاق بن راهويه» (١ : ١١٦).

و«مسند أبي يعلى» (٩ : ٢٤٦)، و«المعجم الكبير» (٩ : ١٣٤)، وورد بلفظ: (إن الله كتب على ابن آدم

حظه من الزنا أدرك ذلك لا محالة فزنا العين النظر، وزنا اللسان المنطق، والنفس تمنى وتشتهي،

والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه) في «صحيح البخاري» (٢ : ٢٢٩)، و«صحيح مسلم» (٤ : ٢٠٤٧).

وغيرهما.

فإن يئنه: وقالوا: رأيناه وطئها في فرجها، كالميل في المكحلة، وعدلوا سرّاً وعلاناً، حكيم به. وإقراره أربعاً في أربعة مجالس ردة كل مرة، ثم سأل كما مر، فإن بين حُبّ تلقينه برجوعه: بلعلك لمست، أو قبلت، أو وطئت بشبهة، فإن رجّع قبل حده، أو في وسطه خلّي وإلا حدّ.

[فصل في كيفية الحد وإقامته]

وهو للمحصن: أي لحر مكلف مسلم وطئ بنكاح صحيح، وهما بصفة

(فإن يئنه: وقالوا: رأيناه وطئها في فرجها، كالميل في المكحلة، وعدلوا سرّاً^(١) وعلاناً^(٢)، حكيم به).

ثم عطف على قوله: بشهادة أربعة؛ قوله: (وإقراره أربعاً): أي أربعة مرّات، (في أربعة مجالس^(٣) ردة كل مرة، ثم سأل كما مر)^(٤)، اعلم أنّ في قوله: ردة كل مرة؛ تسامح؛ لأنّه يدلّ على أنّ الإمام يرده أربع مرّات، وليس كذلك، بل الإمام يرده ثلاث مرّات، فإذا أقرّ مرة رابعة لا يرده، بل يقبله، فيسأله كما مرّ من^(٥) قبل، إلا في السؤال عن متى؛ لأنّه إنّما يسأل عنه احترازاً عن التّقادّم، وهو يمنع الشّهادة لا الإقرار، وقيل: يسأل عن متى أيضاً؛ لإحتماله في زمان الصّبي.

فإن بين حُبّ تلقينه برجوعه: بلعلك لمست، أو قبلت، أو وطئت بشبهة، فإن رجّع قبل حده، أو في وسطه خلّي وإلا حدّ.

[فصل في كيفية الحد وإقامته]

وهو للمحصن: أي لحر مكلف مسلم وطئ بنكاح صحيح، وهما بصفة

(١) وهو أن يبعث ورقة فيها أسماءهم وأسماء محلتهم على وجه يتميّز كلّ منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشّهادة. ينظر: «الشرنبلالية» (٢: ٦٢).

(٢) وهي أن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته. ينظر: «الفتح» (٥: ٢١٧).

(٣) أي من مجالس المقرّ، وقيل: الإمام، والأول هو الصحيح. ينظر: «الدر المنقّى» (١: ٥٨٦).

(٤) أي في الصورة التي سبقت قبل أسطر.

(٥) ساقطة من ب و س و ص.

الإحصان رجماً في فضاء حتى يموت يبدأ به شهوده، فإن أبوا، أو غابوا، أو ماتوا سقط، ثم الإمام، ثم الناس. وفي المقر يبدأ الإمام، ثم الناس، وغسل وكفن وصلي عليه. ولغير المحصن جلده مئة وسطاً بسوط لا ثمرة له، ويترع ثيابه إلا الإزار، ويفرق على بدنه إلا رأسه، ووجهه، وفرجه قائماً في كل حد بلا مد.

الإحصان^(١): أي وطئ حال كونهما^(٢) بصفة الإحصان: أي الأمور التي يثبت بها الإحصان. ما عدا الوطء. كانت حاصلة قبيل هذا الوطء، فإذا وجد الوطء ثم جميع ما يثبت بها الإحصان، فقله: وهو للمحصن: مبتدأ، وخبره قوله: (رجمة في فضاء حتى يموت يبدأ به شهوده، فإن أبوا، أو غابوا، أو ماتوا سقط، ثم الإمام، ثم الناس).

وفي المقر يبدأ الإمام، ثم الناس، وغسل وكفن وصلي عليه.

ولغير المحصن جلده مئة وسطاً بسوط لا ثمرة له.

في «المغرب»: الثمرة: العذبة وهي ذنبه، وقيل: العقدة، قال: والأول أصح^(٣).

وفي «الصحيح»: ثمرة السياط: عقد أطرافها^(٤).

(ويترع ثيابه إلا الإزار، ويفرق على بدنه إلا رأسه، ووجهه، وفرجه قائماً في

كل حد بلا مد): أي من غير أن يلقى على الأرض ويمد رجلاه.

وقيل: أن يمد الضارب يده فوق رأسه.

وقيل: أن يمد السوط على العضو بعد الضرب^(٥).

(١) وحصول الوطء بنكاح صحيح شرط لحصول صفة الإحصان ولا يجب بقاؤه لبقاء الإحصان، حتى لو تزوج في عمره مرة بنكاح صحيح ودخل بها، ثم زال النكاح وبقي مجرداً وزنى يجب عليه الرجم. بنظر: «درر الحكام» (٢: ٦٣).

(٢) أي الزوجين، بأن توفرت في كل منهما الشروط السابقة.

(٣) انتهى من «المغرب» (ص ٦٢-٦٣)، وعبارته: وثمره السوط: مستعارة من واحدة ثمر الشجر وهي عذبة وذنبه وطرفه، وفي «المجمل» ثمر السياط عقد أطرافها، ومنه: يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له يعني العقدة، والأول أصح لما ذكر الطحاوي أن علياً عليه السلام جلد الوليد بسوط له طرفان، وفي رواية: له ذنبان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين. اهـ.

(٤) انتهى من «الصحيح» (١: ١٦١).

(٥) قال صاحب «الهداية» (٢: ٩٧): وذلك كله لا يفعل؛ لأنه زيادة على المنعق.

وللعبد نصفها، ولا يجلد سبده بلا إذن الإمام، ولا يترع ثيابها إلا الفرو والحشو،
ولمجد جالسة. وجاز الحفر لها لا له. ولا جمع بين جلد ورجم، ولا بين جلد ونفي
إلا سياسة، ويرجم مريض زنى، ولا يجلد حتى يبرأ. وحامل زنت تُرجم حين
وضعت، وتجلد بعد النفاس.

باب الوطء الذي يوجب الحد أو لا

الشبهة دائرة للحد

(وللعبد نصفها، ولا يجلد سبده بلا إذن الإمام): هذا عندنا خلافاً للشافعي^(١)

ﷺ.

(ولا يترع ثيابها إلا الفرو والحشو، ولمجد جالسة.

وجاز الحفر لها^(٢) لا له.

ولا جمع بين جلد ورجم، ولا بين جلد ونفي إلا سياسة): هذا عندنا، وعند

الشافعي^(٣) ﷺ يجمع في البكر بين الجلد والنفي، وهو تغريب عام.

(ويرجم مريض زنى، ولا يجلد حتى يبرأ.

وحامل زنت تُرجم حين وضعت^(٤)، وتجلد بعد النفاس).

باب الوطء الذي يوجب الحد أو لا

(الشبهة دائرة للحد).

اعلم أن الشبهة ضربان:

١. في الفعل.

٢. وفي المحل.

(١) ينظر: «المنهاج» وشروحه: «مغني المحتاج» (٤: ١٥٢)، و«تحفة المحتاج» (٩: ١١٦)، و«نهاية المحتاج»

(٧: ٤٣٣)، وغيرها.

(٢) أي للرجم.

(٣) ينظر: «الأم» (٦: ١١٤)، و«حاشيتا قليوبي وعميرة» (٤: ١٨٢)، و«فتوحات الوهاب» (٥: ١٣٢)،

وغیرها.

(٤) لأن جنيها لا يستحق الرجم لعدم الجنابة منه، ونحس حتى نلد إن ثبت زناها بالشهادة، ولا نحس إن

ثبت بالإقرار. ينظر: «فتح باب العناية» (٣: ٢١٢).

(٥) في ت و س و ص و ق و ف: وطء يوجب.

وهي في الفعل: تثبت بظن غير الدليل دليلاً، فلا يحذ الجاني إن ظن أنها محل له في وطء أمة أحد أبويه، وعمره، وسيدته، والمرتهن المهرونة في الأصح، والمعتدة بثلاث، وبطلاق على مال، وبإعتاق أم ولده، وفي المحل: بقيام دليل نافذ للحرمة ذاتاً، فلم يحذ وإن أقر محرمتها عليه في: وطء أمة ابنه، ومعتدة الكنايات، والبائع المبيعة، والزواج المهور قبل تسليمها، والمشاركة

فشرع في الضرب الأول بقوله: (وهي في الفعل: تثبت بظن غير الدليل دليلاً^(١))، فلا يحذ الجاني إن ظن أنها محل له في وطء أمة أحد أبويه، وعمره، وسيدته، والمرتهن المهرونة في الأصح، والمعتدة بثلاث، وبطلاق على مال، وبإعتاق أم ولده).

اعلم أن اتصال الأملاك بين الأصول والفروع، قد يوهم أن للابن ولاية وطء جارية الأب، كما في العكس.

وغنى الزوج بمال الزوجة المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى﴾^(٢). أي بمال خديجة رضي الله عنها، قد يورث شبهة كون مال الزوجة ملكاً للزوج. واحتاج العبيد إلى أموال الموالى إذ ليس لهم مال، ينتفعون به مع كمال الانبساط بين ممالك مولى واحد مع أنهم معذورون بالجهل مظنة لاعتقادهم حل وطء إماء الموالى.

ومالكية المرتهن للمهرونة ملك يد، قد توهم حل وطء المهرونة. وبقاء أثر النكاح، وهو العدة، لا يبعد أن يصير سبباً؛ لأن يشبهه عليه حل وطء المعتدة بثلاث، والمعتدة بطلاق على مال، والمعتدة بالإعتاق حال كونها أم ولده. ثم شرع في الضرب الثاني من الشبهة بقوله: (وفي المحل: بقيام دليل نافذ للحرمة ذاتاً، فلم يحذ وإن أقر محرمتها عليه في: وطء أمة ابنه، ومعتدة الكنايات، والبائع المبيعة، والزواج المهور قبل تسليمها^(٣))، والمشاركة).

(١) وهي تحقق في حق من اشتبه عليه لا من لم يشبهه عليه، ولا بُد من الظن ليتحقق الاشتباه: كقوم سفوا خمرًا يحذ من علم منهم أنه خمر لا من لا يعلم. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٦٤).

(٢) من سورة الضحى، الآية (٨).

(٣) يعني وطء الزوج أمته التي جعلها مهر نكاح زوجته قبل تسليمها. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢٨٥).

فإن ادعى النسب يثبت في هذه لا في الأولى، وحدّ بوطء أمة أخيه، وعمّه، وأجنبية وجدّها على فراشه، وإن كان هو أعمى، وذميمة زنى بها حربي، وذمي زنى بحرية، لا الحربي والحريّة

الدليل الثاني للحرمة قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»^(١) وقول بعض الصحابة^(٢) ﷺ: إن الكنايات رواجع.

وكون المبيعة في يد البائع بحيث لو هلكت ينتقض البيع دليل الملك.
وكون المهر صلة^(٣): أي غير مقابل بمال دليل عدم زوال الملك كالهبّة.
والملك في الجارية المشتركة دليل حل الوطاء.
فمعنى قوله: نافى للحرمة ذاتاً؛ أنا لو نظرنا عن المانع يكون منافياً للحرمة^(٤).
(فإن ادعى النسب يثبت في هذه لا في الأولى): أي في شبهة المحل لا في شبهة الفعل.

(وحدّ بوطء أمة أخيه، وعمّه، وأجنبية وجدّها على فراشه، وإن كان^(٥) هو أعمى^(٦))، وذميمة زنى بها حربي، وذمي زنى بحرية، لا الحربي والحريّة): يعني الدّاخلين دارنا بأمان؛ وذلك لأنه إن كان هذا في دار الحرب لا يجب الحدّ.
وعند أبي يوسف ﷺ يحدّون جميعاً.
وعند محمد ﷺ إن زنى الحربي لا يحدّ.
وقوله: وذميمة عطف على الضمير المستتر في حدّ، وهذا جائز لوجود الفاصلة.

(١) سبق تخريجه (ص ٤٦).

(٢) مثل: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر ﷺ كما في «سنن البيهقي الكبير» (٧: ٣٤٣)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٤: ٩٣)، و«مصنف عبد الرزاق» (٦: ٣٥٦)، وينظر: «نصب الراية» (٣: ٣٣٣- ٣٣٥)، و«الدراية» (٢: ١٠١)، وغيرها.

(٣) أي إنه ليس بمقابل بشيء كما يكون في التبرعات المحضة، بل بمعنى أنه غير مقابل بمال فإنه يعوض منافع البضع وهي ليست بمال. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢٨٥).

(٤) أي إذا نظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافياً، ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٥٩٤).

(٥) زيادة من ب و س و م.

(٦) لتمييزه بالسؤال إلا إذا دعاها فأجابته قائلة: أنا زوجتك، أو أنا فلانة باسم زوجته فوافقها: لأن الإخبار دليل شرعي حتى لو أجابته بالفعل أو بنعم حد. ينظر: «الدر المختار» (٣: ١٥٤).

ولا مَنْ وَطِئَ أَجْنِبِيَّةً رُفَّتْ إِلَيْهِ، وَقُلْنَ: هِيَ عَرْسُكَ، وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا، وَمَحْرَمَةٌ نَكَحَهَا، أَوْ بِهَيْمَةٍ، أَوْ أُنْثَى فِي دُبُرٍ، أَوْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ بَنِيٍّ، وَلَا بَزْنًا غَيْرَ مَكْلُوفٍ بِمَكْلُوفَةٍ أَصْلًا. وَفِي عَكْسِهِ حَدٌّ هُوَ فَقَط. وَلَا إِنْ أَقْرَأَ وَاحِدًا بِهِ، وَالْآخَرُ بِنِكَاحٍ.

(ولا مَنْ وَطِئَ أَجْنِبِيَّةً رُفَّتْ إِلَيْهِ، وَقُلْنَ: هِيَ عَرْسُكَ، وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا، وَمَحْرَمَةٌ^(١) نَكَحَهَا)^(٢) عطفٌ على قوله: أَجْنِبِيَّةٌ؛ وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله فإنه جعل النِّكَاحَ شُبْهَةً فِي دَرَجَةِ الْحَدِّ، (أَوْ بِهَيْمَةٍ، أَوْ أُنْثَى فِي دُبُرٍ): هذا عند أبي حنيفة رحمته الله. أَمَّا عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ^(٣) رحمته الله فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ يَحْدُّ حَدَّ الزَّنا؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الزَّنا؛ لِأَنَّهُ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ فِي مَحَلِّ مُشْتَهَى عَلَى سَبِيلِ الْكَمَالِ عَلَى وَجْهِ تَحْضُرٍ حَرَامًا. وَلَهُ: أَنَّهُ لَيْسَ بَزْنًا، فَإِنَّ الصَّحَابَةَ رحمهم الله اخْتَلَفُوا فِي مَوْجِبِهِ^(٤): مِنَ الْإِحْرَاقِ، وَهَدْمِ الْجِدَارِ، وَالتَّنْكِيسِ مِنْ مَكَانٍ مُرْتَفِعٍ بِاتِّبَاعِ الْأَحْجَارِ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله يَعْزُرُ بِأَمْثَالِ هَذِهِ الْأُمُورِ.

(أَوْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ بَنِيٍّ)^(٥)، هَذَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ^(٦) رحمته الله. (وَلَا بَزْنًا غَيْرَ مَكْلُوفٍ بِمَكْلُوفَةٍ أَصْلًا): أَيِ لَا عَلَى هَذَا، وَلَا عَلَى هَذِهِ، وَعِنْدَ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ^(٧) رحمته الله تَحْدٌ هِيَ، (وَفِي عَكْسِهِ حَدٌّ هُوَ فَقَط. وَلَا إِنْ أَقْرَأَ وَاحِدًا بِهِ، وَالْآخَرُ بِنِكَاحٍ.

(١) فِي تَوْجِوهِ وَصُوفٍ: مُحْرَمًا.

(٢) أَفْرَدَ اللَّكْنَوي تَالِيَةً خَاصَّةً سَمَّاها «الْقَوْلَ الْجَازِمَ بِسُقُوطِ الْحَدِّ بِنِكَاحِ الْحَارِمِ» فِي مَسْأَلَةِ نِكَاحِ الْمُحْرَمَةِ، وَبَسَطَ فِيهَا الْأَدْلَةَ، وَدَفَعَ الشُّبُهَاتِ وَالْإِعْتِرَاضَاتِ الَّتِي تَرِدُ عَلَى الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ رحمته الله.

(٣) يَنْظُرُ: «التَّنْبِيهُ» (ص ١٤٨)، «الْمُنْهَاجُ» (٤: ١٤٤)، وَغَيْرُهُمَا.

(٤) فَذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ وَخَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ رحمهم الله إِلَى الْإِحْرَاقِ، وَابْنُ عَبَّاسٍ إِلَى التَّنْكِيسِ، كَمَا فِي «مَصْنُفِهِ» (٥: ٤٩٧)، وَ«سُنَنِ الْبَيْهَقِيِّ الْكَبِيرِ» (٨: ٢٣٢).

(٥) أَيِ فِي غَيْرِ مَعْسَكِ الْخَلِيفَةِ أَوْ أَمِيرِ الْمَصْرِ بِأَنْ خَرَجَ مِنْ عَسْكَرٍ مِنْ لَهُ وَلَايَةُ إِقَامَةِ الْحُدُودِ فَدَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ وَزَنَى ثُمَّ عَادَ، أَوْ كَانَ مَعَ أَمِيرٍ سَرِيَةٍ أَوْ أَمِيرٍ عَسْكَرٍ فَرَزَنِي ثَمَّةً أَوْ كَانَ تَاجِرًا أَوْ أَسِيرًا، أَمَّا لَوْ زَنَى وَهُوَ مَعَ عَسْكَرٍ مِنْ لَهُ وَلَايَةُ إِقَامَةِ الْحَدِّ فَإِنَّهُ يَحْدُّ، بِخِلَافِ أَمِيرِ الْعَسْكَرِ أَوْ السَّرِيَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا قُوِّضَ لِهَما تَدْبِيرُ الْحَرْبِ لَا إِقَامَةَ الْحُدُودِ وَوَلَايَةَ الْإِمَامِ مُنْقَطِعَةٌ ثَمَّةً. يَنْظُرُ: «الْفَتْحُ» (٥: ١٦٧).

(٦) يَنْظُرُ: «مَعْنَى الْمُحْتَاجِ» (٤: ١٥٠).

(٧) يَنْظُرُ: «مَعْنَى الْمُحْتَاجِ» (٤: ١٤٧)، وَ«تَحْفَةُ الْمُحْتَاجِ» (٩: ١٠٩)، وَ«تَحْفَةُ الْحَبِيبِ» (٤: ١٧٣)، وَغَيْرُهَا.

وفي قتل أمة بزنا يجب الحد والقيمة. والخلفية لا يحد، ويُقتَصُّ ويؤخذ بالمال.

باب شهادة الزنا والرجوع عنها

مَنْ شَهِدَ بِحَدِّ مُتَقَادِمٍ قَرِيباً مِنْ إِمَامِهِ لَمْ تَقْبَلْ إِلَّا فِي حَدِّ قَذْفٍ، وَضَمِنَ السَّرْقَةَ، وَإِنْ أَقْرَبَهُ حَدٌّ

وفي قتل أمة بزنا يجب الحد والقيمة^(١).

والخلفية لا يحد؛ لأنه صاحب الحق نيابة عن الله تعالى، (ويُقتَصُّ ويؤخذ بالمال)^(٢)؛ لأنَّ مَنْ لَهُ الْحَقُّ هُوَ الْوَارِثُ وَالْمَالِكُ. ^(٣) «وَاللَّهُ أَعْلَمُ».

باب شهادة الزنا والرجوع عنها

(مَنْ شَهِدَ بِحَدِّ مُتَقَادِمٍ قَرِيباً مِنْ إِمَامِهِ^(٤) لَمْ تَقْبَلْ إِلَّا فِي حَدِّ قَذْفٍ)؛ فَإِنَّ حَدَّ الْقَذْفِ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ وَهُوَ لَا يَسْقُطُ بِالتَّقَادُمِ.

(وَضَمِنَ السَّرْقَةَ) : أَيِ إِنْ شَهِدُوا بِالسَّرْقَةِ الْمُتَقَادِمَةِ يَثْبُتُ الضَّمَانُ^(٥)؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ، وَهُوَ لَا يَسْقُطُ بِالتَّقَادُمِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ^(٦) تَقْبَلُ.

(وَإِنْ أَقْرَبَهُ حَدٌّ) : أَيِ إِنْ أَقْرَبَ بِالْحَدِّ الْمُتَقَادِمِ حَدٌّ إِلَّا فِي الشُّرْبِ عَلَى مَا يَأْتِي؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ أَنَّهُ قَدْ هَبَّجَتْهُ عَلَى الشَّهَادَةِ عِدَاوَةٌ حَادِثَةٌ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَوْجَدُ فِي الْإِقْرَارِ.

(١) أي من زنا بجارية فقتلها، يحد الحد والقيمة؛ لأنه جنى جنايتين، فيأخذ على كل واحد منهما حكمه. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق/١٤٠).

(٢) أي كل شيء يصنعه الإمام فلا حد عليه إلا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال؛ لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين. ينظر: «الهداية» (٢: ١٠٥).

(٣) زيادة من ق.

(٤) أي حال كون الشاهد قريباً من إمامه الذي يشهد عنده، يعني لم يمنعه مانع كمرض أو بعد مسافة أو خوف طريق أو نحو ذلك مما يكون موجباً لامتناعه من أداء الشهادة في الفور. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٢٩٠)، و«ذخيرة العقبى» (ص ٢٨٠).

(٥) ويسقط الحد للتقادم.

(٦) ينظر: «الأم» (٧: ٥٩).

وتقادمُ الشُّربِ بزوالِ الرِّيحِ، ولغيرِهِ بمضيِّ شهرٍ، فإن شهدوا بزنا، وهي غائبةٌ حدٌّ، وبسرقةٍ من غائبٍ لا، ولو اختلفَ أربعةٌ في زاويتي بيت، أو أقرُّبنا وجَهلُها حدٌّ، فإن شهدوا كذلك، أو اختلفوا في طوعِها، أو بلدِ زناها، أو اتفقَ حجَّتاهُ في وقتهِ واختلفا في بلدِهِ، أو شهدوا بزنا وهي بكر، أو هم فسقة، أو هم شهودٌ على شهود لم يحدُّ أحد، وإن شهدَ الأصولُ أيضاً بعدهم

(وتقادمُ الشُّربِ بزوالِ الرِّيحِ، ولغيرِهِ بمضيِّ شهرٍ^(١))، فإن شهدوا بزنا، وهي غائبةٌ حدٌّ، وبسرقةٍ من غائبٍ لا؛ لشرطيَّةِ الدَّعوى في السَّرقةِ دونَ الزَّنا على ما يأتي الفرقُ في (كتابِ السَّرقةِ)^(٢) إن شاء الله تعالى.

(ولو اختلفَ أربعةٌ في زاويتي بيت، أو أقرُّبنا وجَهلُها حدٌّ)، إذ التَّوفيقُ ممكنٌ بأن يكونَ ابتداءُ الفعلِ في زاويةٍ وانتهاءهُ في أخرى، وجَهلُ المُقرِّ لا يضرُّه إذ لو كانت امرأتهُ أو أمُّ ولدِهِ لا يخفى عليه.

(فإن شهدوا كذلك، أو اختلفوا في طوعِها، أو بلدِ زناها، أو اتفقَ حجَّتاهُ في وقتهِ واختلفا في بلدِهِ، أو شهدوا بزنا وهي بكر، أو هم فسقة، أو هم^(٣) شهودٌ على شهود لم يحدُّ أحد، وإن شهدَ الأصولُ أيضاً بعدهم).

واعلم أن في هذه الصُّور لا يحدُّ أحدٌ لا المشهودُ عليهما بالزَّنا، ولا الشُّهودُ بسببِ القذف.

فقولُهُ: وإن شهدوا كذلك؛ أي شهدوا وجَهلُوا الموطوءةَ لا حدٌّ على المشهودِ عليه؛ لاحتمالِ أن تكونَ المرأةُ زوجتَهُ أو أمتَهُ، ولا على الشُّهود؛ لوجودِ أربعةٍ شهداء. وإن شهدَ أربعة، وقال اثنانُ منها: كانت طائفةً، واثنانُ منهما: كانت مكرهةً، فلا حدٌّ عليهما عند أبي حنيفةٍ رحمهُمُ الله.

وعندهما: يحدُّ الرَّجُلُ لاتِّفاقِ الأربعةِ على زناها لا المرأةُ؛ للاختلافِ في طوعِها. وله: إن الفعلَ المشهودَ به إن كان واحداً فبعضُهم كاذبٌ؛ لأنَّ الفعلَ الواحدَ لا

(١) هذا هو المروي عن أبي يوسف ومحمد رحمهُمُ الله، وقيل ستة أشهر، وإليه أشار الطحاوي أيضاً، وعن أبي حنيفة أنه مفروض إلى رأي القاضي، والأول أصح، وحده في شرب الخمر أو السكر بغيرها انقضاء الرائحة خلافاً لمحمد هو يجعله كغيره من الحدود. ينظر: «رمز الحقائق» (١: ٦٨٣).

(٢) (ص ٢٣٣).

(٣) زيادة من أ. س.

يكون بطوعها وكرها، وإن لم يكن واحد، فلا نصاب للشهادة على كل منهما، ولا يحذُّ الشُّهُودُ؛ لوجود العدد.

وإن شهد أربعة بزناه، واختلفوا في بلد زناه، فلا حدُّ عليهما لما مرَّ، ولا على الشُّهُودِ خلافاً لزوَّفَرٍ رضي الله عنه؛ لوجود العدد.

وإن شهد أربعة بزناه في وقتٍ معيَّن^(١)، وأربعةً أخرى بزناه في ذلك الوقت في بلدٍ آخر، فلا حدُّ عليهما؛ لأنَّ شهادةَ أحدِ الفريقين مردودة؛ لتيقن كذبه، ولا رجحان لأحدهما فيردُّ الجميع، ولا على الشُّهُودِ؛ لاحتمال صدق أحدِ الفريقين.

يردُّ عليه: أنه يحتمل أن يكون كلُّ واحدٍ منهما كاذباً، والظاهرُ هذا لما مرَّ من تيقن كذب أحدهما وعدم رجحان أحدهما، فيكون صدق أحدهما محتملاً احتمالاً بعيداً، ثمَّ على تقدير صدق أحدهما يحتمل أن يكون الصادقُ هذا الفريقَ المعيَّن أو ذلك الفريق، ففي صدق كلِّ واحدٍ احتمال الاحتمال، وهو شبهةُ الشبهة، فلا اعتبارَ لها.

فأقول: وإنَّما لا يحذُّ الشُّهُودُ؛ لوجود أربعة شهداء، فشهادة كلِّ فريقٍ إن لم توجب حدًّا على المشهود عليه، فلا أقلَّ من أن توجب تهمةً يندريُّ بها الحدُّ عن الفريق الآخر.

وإن نظرتِ امرأةً واحدةً، فقالت: هي بكرٌ تثبتُ بشهادتيها البكارة، فيندريُّ حدُّ الزَّنا، ولا يثبتُ حدُّ القذفِ^(٢) بشرطيَّةِ الرِّجال^(٣).

وإذا كانوا فسقةً يندريُّ الحدُّ، ولا يحذُّ الشُّهُودُ؛ لأنَّ الفسقةَ أهلُ الشهادة^(٤)، فوجدتُ شهادةَ الأربعة.

(١) اختلف عن المسألة التي سبقتها أنه بعد أن اكتمل نصاب الشهادة في كل واحد من الفريقين يشترط أن يذكروا وقتاً واحداً؛ للتيقن بكذب أحد الفريقين. ينظر: «رمز الحقائق» (١: ٢٥٤).

(٢) أي على الشهود.

(٣) أي تشترط في ثبوت القذف الموجب للحد شهادة الرجال، وههنا البكارة تثبت بقول النساء. ينظر:

«العمدة» (٢: ٢٩٤).

(٤) أي أهل الاداء والتحمل، وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق؛ ولهذا لو قضى القاضي شهادة فاسق ينفذ عندنا، ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا، وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان. ينظر: «الهداية» (٢: ١٠٧).

وإن شهدوا عمياناً، أو محدودين بقذف أو ثلاثة، أو أحدهم محدود، أو عبد، أو وُجِدَ كذلك بعد الحدّ حدوا، وأرْشُ جرح جليده هَذَر، ودية رجه في بيت المال

وإن كانوا شهوداً على شهود^(١) لم يحدّ؛ لأنّ في شهادتهم زيادة شبهة؛ لأنّ الكلام إذا تداولته الألسنة يتطرق اليه زيادة ونقصان، ثمّ إن جاء الأصول فشهدوا على ذلك الزنا بعينه بعد شهادة الفروع، لم يحدّ أيضاً؛ لأنّ شهادتهم قد رُدّت من وجوه برّد فروعهم، والشهادة إذا رُدّت مرّة في حادثة لا تقبل فيها أبداً، وهذا ضعيف^(٢)؛ لأنّ ردّ شهادتهم لمعنى يختصّ بها لا يسري إلى الأصول؛ لعدم ذلك المعنى في شهادتهم.

ويمكن أن يقال: إنّما تردّ شهادة الأصول لأنهم سعوا إلى إثبات الزنا بأمر غير مشروع، فلا تكون شهادتهم حسبة لله تعالى، بل سعيًا إلى إشاعة الفاحشة لعداوة أو نحوها، فتردّ شهادتهم؛ لهذه التهمة.

(وإن شهدوا عمياناً، أو محدودين بقذف أو ثلاثة، أو أحدهم محدود، أو عبد، أو وُجِدَ كذلك بعد الحدّ^(٣) حدوا)؛ لعدم أهلية الشهادة، أو عدم النصاب، فيجب الحدّ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾^(٤) الآية.

(وأرْشُ^(٥) جرح جليده هَذَر^(٦))، ودية رجه في بيت المال: أي شهد الشهود بالزنا، والزّاني غير محصن فجلد، فجرّحه الجلد، ثمّ ظهر أحد الشهود عبداً، أو محدوداً

(١) أي الشهود الشاهدون بحضرة الحاكم شهوداً على شهود الزنا بأن يقول كل منهم: أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته هكذا، وقال لي: أشهد على شهادتي بذلك، وهذا عند تعدّد حضور الأصول بموت أو مرض أو سفر، فإنه لا تقبل الشهادة على الشهادة عند قدرة الأصول على أداء الشهادة. ينظر: «العمدة» (١: ٢٩٤).

(٢) لم يرتض ابن كمال باشا في «الايضاح» (ق٧٨/أ)، واللكثوي في «عمدة الرعاية» (٢: ٢٩٥) تضعيف الشارح لما ذكره الفقهاء من الحجّة وما احتجّ به، وسكت عن ذلك ملا خسرو في «الدرر» (٢: ٦٨)، ويظهر أن لكلامه وجه حجة.

(٣) أي إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم، ثم وجد أحدهم عبداً، أو محدوداً في قذف ... الخ أقيم عليهم الحدّ؛ لكونهم قذفة لعدم تمام نصاب الشهادة.

(٤) من سورة النور، الآية (٤).

(٥) أرْشُ الجراحة: ديتها، والجمع أروش. ينظر: «المصباح المنير» (ص ١٢).

(٦) هَذَر دمه: أي باطل. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٤٨).

وَأَيُّ رَجْعٍ مِنَ الْأَرْبَعَةِ بَعْدَ رَجْمٍ حَدٍّ، وَغَرَمَ رَيْعَ الدُّبَّةِ

فِي قَذْفٍ، فَأَرَشَ الْجُلْدَ هَذَرًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله.

وقالا: فِي بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْجُلْدِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْقَاضِي، وَهُوَ عَامِلٌ لِلْمُسْلِمِينَ، فَالْغَرَامَةُ فِي مَالِ الْمُسْلِمِينَ.

وله: إِنَّ الْفِعْلَ الْجَارِحَ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْ بِالْجَرَحِ، فَيَقْتَصِرُ عَلَى الْجُلْدِ، ثُمَّ هُوَ لَا يَضْمَنُ؛ لِثَلَا يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنِ الْإِقَامَةِ مُحَافَةً لِلْغَرَامَةِ. وَإِنْ شَهِدُوا وَالزَّانِي مُحَصَّنٌ فَرُجِمَ، ثُمَّ ظَهَرَ أَحَدُهُمْ عَبْدًا أَوْ نَحْوَهُ فَدِيَّةُ الرَّجْمِ فِي بَيْتِ الْمَالِ.

(وَأَيُّ رَجْعٍ مِنَ الْأَرْبَعَةِ بَعْدَ رَجْمٍ حَدٍّ): أَيُّ حَدِّ الرَّاجِعِ فَقَطْ حَدُّ الْقَذْفِ.

وَعِنْدَ زُفَرٍ رحمته الله لَا يَحْدُ^(١)؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ قَاذِفٌ حَيًّا فَقَدْ سَقَطَ بِالمَوْتِ^(٢)، وَإِنْ قَاذَفَ مَيِّتًا، فَهُوَ مَرْجُومٌ بِحُكْمِ الْقَاضِي^(٣)، فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ.

قلنا: هُوَ قَاذِفٌ مَيِّتٌ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُ بِالرُّجُوعِ انْقَلَبَتْ قَذْفًا، فَصَارَ قَاذِفًا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَمْ يَبْقَ مَرْجُومًا بِحُكْمِ الْقَاضِي؛ لِانْفِسَاخِ الْحُكْمِ بِانْفِسَاخِ الْحُجَّةِ. (وَوَغَرَمَ رَيْعَ الدُّبَّةِ): هَذَا عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله يَقْتَصَرُ بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ فِي شُهُودِ الْقَصَاصِ، كَمَا قَالَ فِي الدِّيَّاتِ.

(١) حَاصِلُ الاسْتِدْلَالِ وَالْجَوَابُ: أَنَّ زُفَرَ رحمته الله قَالَ: لَا يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى الرَّاجِعِ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ وَجِبَ، إِمَّا أَنْ يَجِبَ بِالْقَذْفِ قَبْلَ الرَّجْمِ وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ مِنْ قَذْفٍ حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ الْمَقْذُوفُ لَا يَحْدُ الْقَاذِفُ لِكُونِهِ لَا يَوْرَثُ، أَوْ بِالْقَذْفِ بَعْدَ الرَّجْمِ فَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْمَرْجُومَ لَا يَحْدُ قَاذِفُهُ لِكُونِهِ مَرْجُومًا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ فَيَكُونُ شَبِيهًا فَصَارَ كَمَا لَوْ قَذَفَهُ غَيْرُهُ، وَلَنَا أَنَّ كَلَامَهُ لَيْسَ بِقَذْفٍ لِلْحَالِ؛ وَلِأَنَّهُ ائْتَمَدَ شَهَادَةً وَوَقَعَ الْحُكْمُ بِهِ بِهَذَا الْوَصْفِ لَكِنَّهُ عِنْدَ الرَّجُوعِ يَنْقَلِبُ قَذْفًا؛ لِأَنَّهُ فُسِّخَ لَشَهَادَتِهِ بِهِ بَعْدَ الْوُجُودِ فَيَنْفَسَخُ مَا يَنْبَنِي عَلَيْهِ وَهُوَ الْقَضَاءُ فَيَكُونُ قَذْفًا لِلْحَالِ، وَهُوَ مُحْضٌ فِي زَعْمِهِ فَيَحْدُ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَذَفَهُ غَيْرُهُ؛ وَلِأَنَّهُ مَرْجُومٌ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ وَلَمْ يَوْجَدْ فُسْخُ الشَّهَادَةِ فِي حَقِّهِ؛ لِأَنَّ زَعْمَ الرَّاجِعِ يَعْتَبَرُ فِي حَقِّهِ لَا فِي حَقِّ غَيْرِهِ. يَنْظُرُ: «التَّبْيِينُ» ٣: ١٩٢.

(٢) لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ لَا يَوْرَثُ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ فِيهِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَيَوْرَثُ شَبِيهًا. يَنْظُرُ: «الْفَتْحُ» (٥: ٢٩٣).

(٣) وَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَسْقُطِ الْإِحْصَانُ، فَلَا أَقْلَ مِنْ إِبْرَاثِ الشَّبِيهَةِ وَالْحَدُّ يَسْقُطُ بِهَا. يَنْظُرُ: «الْعُنَايَةُ» (٥: ٢٩٣).

(٤) يَنْظُرُ: «الْأَمُّ» (٨: ٣٦٨)، وَ«مَفْنِي الْمَحْتَاجِ» (٤: ٤٥)، وَغَيْرُهُمَا.

وقبله حدوا فقط، ولا شيء على خامس رجع، فإن رجع آخر حداً، أو غرماً رُبِعَ دينه، وضمين الدية من قتل المأمور برجه، أو زكى شهود الزنا فرُجم، فظهروا عبيداً، أو كفاراً فيهما، وبيت المال إن لم يزك فرُجم، وإن شهدوا بزنا، وأقرؤا بنظرهم عمداً قُبلت، وزان أنكر وطء عرسه، وقد وَلَدَتْ منه، أو شهد بإحصانه رجل وامرأتان رُجم

(وقبله حدوا فقط): أي رجع من الأربعة حد جميع الشهود حد القذف، ولا يحُدُّ المشهود عليه.

فإن كان الرجوع بعد الحكم، فعند محمد ﷺ حد الرجاع فقط، ولا يحُدُّ الباقي؛ لتأكيد شهادتهم بالقضاء.

قلنا: بنفسخ القضاء.

وإن كان الرجوع قبل الحكم، فعند زُفر ﷺ حد الرجاع فقط.

ولا شيء على خامس رجع، فإن رجع آخر حداً، أو غرماً رُبِعَ دينه؛ فإن المسألة فيما إذا كان الرجوع بعد الرجم، والمعتبر بقاء من بقي، لا رجوع من رجع، وقد بقي ثلاثة أرباع النصاب.

(وضمن الدية من قتل المأمور برجه): أي أمر بالرجم فقتله بطريق آخر، (أو زكى شهود الزنا^(١) فرُجم، فظهروا عبيداً، أو كفاراً فيهما): أي في مسألة القتل والتزكية، والضمان على المزكين في قول أبي حنيفة ﷺ.

وعندهما: لا ضمان عليهم، بل في بيت المال.

(وبيت المال إن لم يزك فرُجم): أي ضمن بيت المال إذا شهد الشهود بالرجم، فلم يزكوا فرُجم، فظهروا عبيداً، أو نحو ذلك.

(وإن شهدوا بزنا، وأقرؤا بنظرهم عمداً قُبلت): أي شهادتهم^(٢)؛ لأنه يباح لهم النظر لتحمل الشهادة.

(وزان أنكر وطء عرسه، وقد وَلَدَتْ منه، أو شهد بإحصانه رجل وامرأتان رُجم)^(٣): هذا عندنا خلافاً لزُفر ﷺ والشافعي^(٤) ﷺ، وزُفر ﷺ جعل الإحصان شرطاً في

(١) في ت وج و ص و ف و ق: زنا.

(٢) أما لو قالوا: تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل إجماعاً؛ فسقمهم. ينظر: «البنية» (٥: ٤٥٧).

(٣) وكيفية الشهادة أن يقول الشهود: تزوج امرأة وجامعها أو باضعها، ولو قالوا: دخل بها بكفي عندهما خلافاً لمحمد ﷺ. ينظر: «رمز الحقائق» (١: ٦٨٦).

(٤) ينظر: «الأم» (٥: ٣١٥)، وغيرها.

باب حد الشرب

هو كحدِّ القذف ثمانون سوطاً للحرِّ، ونصفها للعبدِ بشربِ الخمر ولو قطرة. فمن أخذَ برمجها وإن زالت؛ لبعدِ الطريق، أو سكران زائلَ العقلِ بنبيذِ الثمر، وأقرَّ به مرةً، أو شهدَ به رجلان، وعَلِمَ شربُهُ طوعاً مجذُ صاحياً. فإن أقرَّ به، أو شهدا عليه بعد زوالِ الرِّيح، أو تقيَّأها، أو وُجِدَ رِجُّها منه، أو رجِعَ عن إقرارِ شربِ الخمر، أو السكر، أو أقرَّ سكران لا

معنى العلة^(١) فلا تقبلُ فيه شهادةُ النساء. "والله أعلم بالصواب".

باب حد الشرب

هو كحدِّ القذف ثمانون سوطاً للحرِّ، ونصفها للعبدِ بشربِ الخمر ولو قطرة.

فمن أخذَ برمجها وإن زالت؛ لبعدِ الطريق، أو سكران زائلَ العقلِ^(٢) بنبيذِ الثمر، وأقرَّ به مرةً^(٣)؛ أي بشربِ الخمر، أو بالسكرِ بالنبيذ، (أو شهدَ به رجلان، وعَلِمَ شربُهُ طوعاً مجذُ صاحياً. فإن أقرَّ به، أو شهدا عليه بعد زوالِ الرِّيح، أو تقيَّأها، أو وُجِدَ رِجُّها منه)؛ أي عَلِمَ الشُّربُ بأن تقيَّأها، أو وُجِدَ رِجُّ الخمرِ منه بلا إقرار أو شهادة، (أو رجِعَ عن إقرارِ شربِ الخمر، أو السكر، أو أقرَّ سكران لا).

(١) حاصله : أن الإحصان وإن كان شرطاً للرجم لكنَّه في معنى العلة كالزاني، فكما لا تقبلُ شهادةُ النساء في إثبات العلة لا تقبلُ فيه أيضاً. ويجاب عنه : الإحصان ليس بشرط له فضلاً عن أن يكون فيه معنى العلة ؛ لأن الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود إحصان يحدث بعد الزنا، فإن الزاني بذلك الإحصان لا يرجم إجماعاً وإن صار محصناً بعد الزنا. بل الإحصان إذا ثبت كان معرفاً لحكم الزنا، وهو وجوب الرجم، وما للمعرف حكم العلة بوجه ما فصار كما لو شهدوا به في غير هذه الحالة. ينظر : «كشف الرموز» (١ : ٣٥٨).

(٢) زيادة من ف.

(٣) أي لا يعرف الرجل من المرأة، ولا الأرض من السماء، وقالوا : هو من يهذي ويخلط جدّه بهزله ولا يستقر على شيء في صواب وخطأ، وإليه مال أكثر المشايخ ينظر : «شرح ملا مسكين» (ص ١٥٨).

(٤) أي صاحياً ؛ لأن إقرار السكران بالشرب لا يعتبر لقوة احتمال الكذب في كلامه، فلا يعتبر فيما يندري بالشبهة. ينظر : «فتح باب العناية» (٣ : ٢٢٥).

ولو ارتد هو لا تحرم عليه عرسه

اعلم أن في الإقرار بعد زوال الریح لا يحل خلافاً لمحمد ﷺ، فإن التقادم عنده لا يمنع الإقرار كما في سائر الحدود.

وإنما لا يحل عندهما؛ لأن حد الشرب إنما يثبت بإجماع الصحابة ﷺ، وبدون رأي ابن مسعود ﷺ لا يتم الإجماع، وقد قال: فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه^(١). فبدون الرائحة لا يحل عنده، فلا إجماع، فلا دليل على وجوب الحد. واعلم أن السكر عند أبي حنيفة ﷺ في حق وجوب الحد أن لا يعرف شيئاً حتى الأرض من السماء، وفي حق حرمة الأشربة أن يهذي. وعندها: أن يهذي مطلقاً، وإليه مال أكثر المشايخ^(٢).

وعنده الشافعي^(٣) ﷺ: أن يظهر أثره في مشيه وحركاته وأطرافه. (ولو ارتد^(٤) هو لا تحرم عليه عرسه): اعلم أن الأحكام الشرعية كصحة الإقرار، والطلاق، والعناق، جارية عليه زجراً له، لكن ارتداده لا يثبت، لأنه أمر حقيقي اعتقادي لا حكمي، فعند عدم العقل لا يثبت اعتقاد الكفر، ولما لم يصح ارتداده لا يثبت توابعه كفسخ النكاح.

(١) بهذا اللفظ لم يجده معزجو أحاديث «الهداية» كصاحب «نصب الراية» (٣: ٣٤٩)، و«الدراية» (٢: ١٠٥)، و«البنية» (٥: ٤٦٥)، ولكن روي عنه في «مصنف ابن أبي شيبة» (٥: ٥٢٤)، و«مصنف عبد الرزاق» (٧: ٣٧١): أنه جاء رجل من المسلمين بابن أخ له، فقال له: يا أبا عبد الرحمن إن ابن أخي وجدته سكراناً، فقال عبد الله تترتروه ومزمزوه واستكهوه فترتروه واستكهوه فوجد سكراناً فرفع إلى السجن فلما كان الغد جئت وحي به. وفي «صحيح مسلم» (١: ٥٥١)، واللفظ له، و«صحيح البخاري» (٤: ١٩١٢) عن ابن مسعود، قال: كنت بمحصر، فقال لي بعض القوم: اقرأ علينا فقرأت عليهم سورة يوسف، قال فقال رجل من القوم: والله ما هكذا أنزلت قال قلت: ويحك والله لقد قرأتها على رسول الله ﷺ فقال لي: أحسنت فبينما أنا أكلمه إذ وجدت منه ريح الخمر، قال فقلت: أنتشرب الخمر وتكذب بالكتاب لا تبرح حتى أجلك، قال فجلدته الحد.

(٢) وفي «تنوير الأبصار» (ص ١٠٣): ويختار للفتوى.

(٣) قال الشافعي في «الأم» (١: ٨٨) في (كتاب الصلاة): هو الذي لا يعقل ما يقول. وقال النووي في «المجموع» (٢: ٢٥) في (كتاب الطهارة): قال أصحابنا: السكر الناقض: هو الذي لا يبقى معه شعور دون أوائل النشوة.

(٤) أي لو ارتد السكران لم يصح ولم يحكم به. ينظر: «الدر المختار» (٣: ١٦٥).

وَنَزَعَ ثَوْبَهُ، وَفُرِّقَ جُلْدُهُ.

باب حد القذف

مَنْ قَذَفَ مُحْصَنًا: أَي حُرًّا مَكْلُفًا مُسْلِمًا عَفِيفًا عَنِ الزُّنَا، بِصَرِيحِهِ، أَوْ: بِزَنَاتٍ فِي الْجَبَلِ،

أَوْ: لَسْتَ لِأَبِيكَ، أَوْ: لَسْتَ بِابْنِ فُلَانٍ أَبِيهِ فِي غَضَبٍ، أَوْ: بَيَّا ابْنَ الزَّانِيَةِ لِمَنْ أُمُّهُ مَيِّتٌ مُحْصَنَةٌ حَدٌّ إِنْ طَلَّبَ هُوَ، لَا بَلَسْتَ بِابْنِ فُلَانٍ جَدَّهُ، أَوْ بِنَسْبَةِ إِلَيْهِ، أَوْ إِلَى خَالِهِ، أَوْ عَمِّهِ أَوْ رَأْبِهِ

(وَنَزَعَ ثَوْبَهُ، وَفُرِّقَ جُلْدُهُ): كَمَا مَرَّ^(١) فِي الزُّنَا^(٢).

باب حد القذف

(مَنْ قَذَفَ مُحْصَنًا: أَي حُرًّا مَكْلُفًا مُسْلِمًا عَفِيفًا عَنِ الزُّنَا، بِصَرِيحِهِ، أَوْ: بِزَنَاتٍ فِي الْجَبَلِ): مَعْنَاهُ: زَنَيْتَ فِي الْجَبَلِ، فَإِنَّهُ كَمَا جَاءَ نَاقِصًا جَاءَ مَهْمُوزًا أَيْضًا. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ﷺ: لَا يَحْدُّ؛ لِأَنَّ الْمَهْمُوزَ هُوَ الصُّعُودُ، أَوْ مُشْتَرَكٌ، وَالشُّبْهَةُ دَارَةٌ لِلْحَدِّ.

قُلْنَا: حَالَةُ الْغَضَبِ تُرْجِّحُ ذَلِكَ.

(أَوْ: لَسْتَ لِأَبِيكَ، أَوْ: لَسْتَ بِابْنِ فُلَانٍ أَبِيهِ فِي غَضَبٍ): أَي قَالَ: لَسْتُ بِابْنِ

زَيْدٍ الَّذِي هُوَ أَبُو الْمُقَذَّوفِ.

فَقَوْلُهُ: أَبِيهِ؛ لَفْظُ الْمُصْنَفِ ﷺ لَا لَفْظُ الْقَاضِفِ.

وَقَوْلُهُ: فِي غَضَبٍ؛ يَتَعَلَّقُ بِالْأَلْفَاظِ الثَّلَاثَةِ، وَلَسْتَ لِأَبِيكَ فِي غَيْرِ الْغَضَبِ يَحْتَمِلُ

الْمَعَاتِبَةَ.

(أَوْ: بَيَّا ابْنَ الزَّانِيَةِ لِمَنْ أُمُّهُ مَيِّتٌ مُحْصَنَةٌ حَدٌّ إِنْ طَلَّبَ هُوَ)، لَيْسَ الْمُرَادُ أَنْ

الطَّلَبُ مَقْصُورٌ عَلَى الْمُخَاطَبِ، فَإِنَّهُ إِنْ طَلَّبَ أَبُوهَا حَدٌّ أَيْضًا.

(لَا بَلَسْتَ بِابْنِ فُلَانٍ جَدَّهُ^(٣))، أَوْ بِنَسْبَةِ إِلَيْهِ^(٤)، أَوْ إِلَى خَالِهِ، أَوْ عَمِّهِ أَوْ رَأْبِهِ):

(١) زيادة من م.

(٢) (ص ٢٠٠).

(٣) أي قال: لست ابن فلان، وذكر اسم جدّه؛ لأنه صادق في نفيه. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٦٠٥).

(٤) أي قال: أنت ابن فلان وذكر اسم جدّه، أو خاله أو عمه أو رأبه؛ لأن كلاً منهم يسمى أباً مجازاً. ينظر:

«الدر المنقّى» (١: ٦٠٥).

وقوله: يا ابن ماء السماء، ويا تبّطي لعربي، والطلبُ بقذفِ الميتِ للوالد، والولد، وولده، ولو محروماً، ولا يطالبُ أحدٌ سيّده وأباهُ بقذفِ أمّه. وليس فيه إرثٌ وعفوٌ واعتياضٌ عنه

أي زوجُ أمّه، فالجدُّ أبٌ مجازاً، فلو نفى أبوتّه لا يحدّ، وكذا لو نسبّه إليه، وهكذا الحالُ والعمُّ والرّأب.

(وقوله: يا ابن ماء السماء^(١))، ويا تبّطي^(٢) لعربي: إذ لا يرادُ بهما نفى النسب، بل التشبيه فيما يوصفان به.

(والطلبُ بقذفِ الميتِ للوالد، والولد، وولده، ولو محروماً)، هذا عندنا. وأما عند الشافعي^(٣)، فحقُّ الطلبِ لكلِّ وارث، فإن حدَّ القذفِ يورثُ عنده.

وعندنا: لا، بل يثبتُ لمن يلحقُ به العارُ بنفي النسب. وقولُه: وولدهُ يشملُ ولدَ البنتِ عندهما خلافاً لمحمد^(٤). وقولُه: ولو محروماً، كولدِ الولدِ مع وجودِ الولد، والكافر، والعبد، خلافاً لزُفر^(٥)، وكالقاتل.

(ولا يطالبُ أحدٌ سيّده وأباهُ بقذفِ أمّه^(٦)). وليس فيه إرثٌ وعفوٌ^(٧) واعتياضٌ عنه: هذا عندنا. وعند الشافعي^(٨) يجري فيه الإرث، ونحوه: بناءً على أنَّ حقَّ العبدِ فيه غالب؛ بناءً على الأصلِ المشهور، وهو: إنَّ حقَّ العبدِ يغلبُ على حقِّ الله تعالى إذا اجتمعا؛ لاحتياجِ العبد، واستغناء الله تعالى.

(١) فإن في ظاهره نفى كونه ابناً لأبيه وليس المراد ذلك، بل التشبيه في الجود والسماحة والصفاء. ينظر: «درر الحكم» (٢: ٧٢).

(٢) تبّطي: جمعه التَّبَطُّ: جيل من الناس كان ينزلون سواد العراق، ثم استعمل في أخلاط الناس وعوامهم. ينظر: «المصباح» (٢: ٩١١).

(٣) ينظر: «التنبيه» (ص ١٤٩).

(٤) لأنهما لا يماقبان بسببهما حتى سقط الفصاض بقتلهما. ينظر: «رمز الحقائق» (١: ٢٨٩).

(٥) أي لو عفا المقذوف فلا حدّ لا لصحة العفو بل لترك الطلب حتى لو عاد وطلب حد. ينظر: «الندى المختار» (٣: ١٧٣).

(٦) ينظر: «التنبيه» (ص ١٤٩).

فإن قال: يا زاني، فردّه بلا بل أنت حدّاء. ولو قال: لعمره يا زانية، فردّت به حدّات ولا لعان، وبزنيّت بك هدرأ، ولا عن إن أقرّ بولد فنفى، وحدّ إن عكس، والولدان له، ولا شيء بليس بابني، ولا بابنك، ولا حدّ بقذف من لها ولد لا أب له، أو لاعنت بولد

ونحن نغلب فيه حقّ الله تعالى؛ لأنّ حقّ العبد هو رفع العار راجع إلى حقّ الله تعالى أيضاً؛ لأنّ النسبة إلى الزنا إنّما تكون سبباً للعار؛ لأنّ الله تعالى حرّمه. (فإن قال: يا زاني، فردّه بلا بل أنت حدّاء.

ولو قال: لعمره^(١) يا زانية^(٢)، فردّت به حدّات ولا لعان؛ لأنّها قدّفت الزّوج فتحدّ، وقذفه إيّاها لا يوجب الحدّ، بل اللّعان، وهي لم تبق أهلاً للعان، ثمّ لا بدّ من تقديم الحدّ؛^(٣) لأنّه أقوى؛ لأنّه إن قدم يسقط اللّعان؛ لأنّها لم تبق أهلاً له، وإنّ قدم اللّعان لا يسقط الحدّ، وإذا وجب تقديمه يقدّم، ويسقط اللّعان. (وبزنيّت بك هدرأ): أي قال: لزوجه يا زانية، فردّت بقولها: زنيّت بك هدرأ؛ لأنّ قول المرأة:

١. يحتمل أن يكون تصديقاً له: يعني زنيّت بك قبل النّكاح.
٢. ويحتمل أن يكون ردّاً: يعني إن وجد منّي زنا، فهو ليس إلاّ تمكيني إيّاك؛ لأنني ما مكنت غيرك، وتمكيني إيّاك ليس بزنا، فلا يكون لها دعوى اللّعان؛ لاحتمال المعنى الأوّل، ولا حدّ عليها لاحتمال المعنى الثّاني.
(ولا عن إن أقرّ بولد فنفى، وحدّ إن عكس)؛ لأنّ النّسب يثبت بإقراره، ثمّ بالنّفي يصير قاذفاً، فيجب اللّعان، أمّا إن نفاه، ثمّ أقرّ به، فقد أكذب نفسه، فيجب الحدّ، (والولدان له): أي ولد أقرّ به ثمّ نفاه، وولد نفاه ثمّ أقرّ به، يثبت نسبهما لا إقراره.

(ولا شيء بليس بابني، ولا بابنك)^(٤)؛ لأنّه نفى الولادة، ولا يجب به شيء.
(ولا حدّ بقذف من لها ولد لا أب له، أو لاعنت بولد)، إنّما قال: بولد؛ لأنّها لو لاعنت بدون الولد بقذفها يجب الحدّ، والفرق بينهما أنّه وجدّ في الأوّل إماره الزّنا، وهو الولد المنفي، ولم توجد بالثّاني.

(١) زيادة من أوب وس وم.

(٢) زيادة من أوب وس.

(٣) لأن النفي ليس بقذف لها بالزنا بقيناً لجواز أن يكون الولد من غيره بوطء عن شبهة لا عن زنا بان زوجت نفسها من غيره. ينظر: «التبيين» (٣: ١٦).

ولا بقذف مَنْ وَطِئَ حراماً لعيته، كواطءٍ في غير ملكٍ من كلِّ وجه، ومن وجهٍ كامةٍ مشتركة، أو وطءٍ مملوكةٍ حُرِّمَتْ أبداً: كالأمة التي هي أخته رضاعاً. ولا بقذف مَنْ زُنت في كفرها، ومكاتبٍ ماتَ عن وفاء، وحدٌ بقذفٍ مَنْ وَطِئَ حراماً لغيره كوطء عرسه حائضاً، أو وطء مملوكةٍ حُرِّمَتْ مؤقتةً: كامةٍ مجوسيةً، أو مكاتبية، كمجوسيٍّ نكحَ أمه، فأسلم، ومستامنٌ قذفَ مسلماً هنا، وكفى حدٌ للجنايات إن ائحد جنسها، فإن اختلف لا

(ولا بقذفٍ مَنْ وَطِئَ حراماً لعيته، كواطءٍ في غير ملكٍ من كلِّ وجه، ومن وجهٍ كامةٍ مشتركة، أو وطءٍ مملوكةٍ حُرِّمَتْ أبداً: كالأمة التي هي أخته رضاعاً^(١). ولا بقذفٍ مَنْ زُنت في كفرها، ومكاتبٍ ماتَ عن وفاء): أي لا حدٌ بقذف مكاتبٍ ماتَ وترك مالا يفي ببدل الكتابة؛ لأنَّ الحدَّ إنما يجبُ بقذفِ الحرِّ، وفي حرية هذا المكاتبِ اختلافُ الصحابة^(٢).

(وحدٌ بقذفٍ مَنْ وَطِئَ حراماً لغيره كوطء عرسه حائضاً، أو وطء مملوكةٍ حُرِّمَتْ مؤقتةً: كامةٍ مجوسيةً، أو مكاتبية)؛ فإن حرمة الأولى مؤقتةٌ إلى زمانِ الإسلام، والثانية إلى زمانِ العجز.

وعند أبي يوسف رحمه الله وطء المكاتبية يسقط الإحصان. (كمجوسيٍّ نكحَ أمه، فأسلم، ومستامنٌ قذفَ مسلماً هنا^(٣)): أي حدٌ بقذف مجوسيٍّ كذا، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، فإنَّ عنده لنكاح المحارم حكمُ الصَّحَّةِ فيما بينهم خلافاً لهما.

وقوله: ومستامنٌ؛ بالرفع عطفٌ على الضمير المستتر في: حدٌ. (وكفى حدٌ للجنايات إن ائحد جنسها، فإن اختلف لا): هذا عندنا.

(١) لغوات العفة وهي شرط الإحصان، ولأن القاذف صادق؛ لأن الزنا هو الوطء المحرم لعيته، وإن كان محرماً لغيره يحد؛ لأنه ليس بزنا، فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعيته، وكذا الوطء في الملك، والحرمة مؤبدة. ينظر: «الهداية» (٢: ١١٤).

(٢) قال بعضهم: مات حرّاً، وهو مذهب علي وابن مسعود رحمهما الله، وقال بعضهم: مات عبداً، وهو مذهب زيد بن ثابت. ينظر: «البنية» (٥: ٥١٠).

(٣) أي في دار الإسلام؛ لأن فيه حق العبد، وقد التزم إبقاء حقوق العباد. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٧٤).

فصل في التعزيز

أكثره تسعة وثلاثون سوطاً، وأقله ثلاث، وصح حبة مع ضربه، وضربه أشد، ثم للزنا، ثم للشرب، ثم للقذف

وعند الشافعي^(١) إن اختلف المذوف، أو المذوف به، وهو الزنا، كما إذا قذف زيدا وعمراً، أو قذف زيدا بزنا ثم بزنا آخر لا يتداخل، أما إذا قذف زيدا بزنا واحد، وكرر هذا القذف يتداخل، وهذا بناء على أن حق العبد فيه غالب عنده. وأما عندنا لما كان حق الله تعالى غالباً يتداخل إذ المقصود الانزجار، أما إذا اختلفت الجنايات، فالمقصود من كل واحد غير مقصود من الآخر، فلا يتداخل.

فصل في التعزيز^(٢)

وهو تأديب دون الحد، وأصله من العزر، بمعنى الرّد والرّدع، (أكثره تسعة وثلاثون سوطاً، وأقله ثلاث): لأن التعزيز ينبغي أن لا يبلغ الحد، وأقل الحد أربعون، وهي حد العبد في القذف والشرب، وأبو يوسف^(٣) اعتبر حد الأحرار، وهوثمانون، ونقص عنها سوطاً في رواية، وخمسة في رواية.

(وصح حبة مع ضربه، وضربه أشد^(٤)، ثم للزنا^(٥)، ثم للشرب، ثم للقذف): قالوا: ليحصل الانزجار بالتعزير، وحد الزنا ثابت بالنص، وحد الشرب ثبت بإجماع الصحابة^(٦)، وسببه متيقن، وسبب حد القذف محتمل؛ لاحتمال الصدق.

أقول: حد القذف ثابت بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾^(٧)

(١) في كتب الشافعية: لا يتكرر الحد بتكرر القذف ولو صرح فيه بزنا آخر، أو قصد به الاستئناف، أو غابر بين الألفاظ لاتحاد المذوف، وإن قذفه فحد ثم قذفه ثانياً بذلك الزنا عزر. ينظر: «النتبه» (ص ١٤٩)، و«أسنى المطالب» (٣: ٣٨٢)، و«فتوحات الوهاب» (٤: ٤٣١)، وغيرها.

(٢) زيادة من ف و ق.

(٣) أي ضرب التعزيز أشد من ضرب الحدود؛ لأن ضرب التعزير خفف من الكمية فلا يخفف من حيث الكمية؛ لئلا يؤدي إلى فوت المقصود الذي هو الزجر بالكلية. ينظر: «فتح باب العناية» (٣: ٢٢٣).

(٤) أي ضرب الزنا أشد من الباقي ...

(٥) من سورة النور، الآية (٤).

وعزَّر بقذف مملوك، أو كافر بزنا، ويقذف مسلم بيا فاسق، يا كافر، يا خبيث، يا سارق، يا فاجر، يا مخنث، يا خائن، يا لوطي، يا زنديق، يا لص، يا ديوث، يا قُربان، يا شارب الخمر، يا أكل الربا، يا ابن القحبة، يا ابن الفاجرة، أنت تأوي اللصوص، أنت تأوي الزواني، يا مَنْ يلعب بالصبيان، يا حرام زاده، لا بيا حمار، يا خنزير، يا كلب، يا تيس، يا قرد، يا حجّام، يا ابنه وأبوه ليس كذلك، يا مواجير، يا بعا، يا ناكس، يا ضحكة، يا سُخرة. ومن حدّ أو عزَّر فمات هدير دمه. ولو عزَّر زوج عرسه لا

وحدّ الشرب قيسَ على حدّ القذف^(١).

(وعزَّر بقذف مملوك، أو كافر بزنا، ويقذف مسلم بيا فاسق، يا كافر^(٢)، يا خبيث، يا سارق، يا فاجر، يا مخنث، يا خائن، يا لوطي، يا زنديق، يا لص، يا ديوث، يا قُربان^(٣)، يا شارب الخمر، يا أكل الربا، يا ابن القحبة، يا ابن الفاجرة، أنت تأوي اللصوص، أنت تأوي الزواني، يا مَنْ يلعب بالصبيان، يا حرام زاده، لا بيا حمار، يا خنزير، يا كلب، يا تيس، يا قرد، يا حجّام، يا ابنه وأبوه ليس كذلك، يا مواجير، يا بعا، يا ناكس، يا ضحكة، يا سُخرة. ومن حدّ أو عزَّر فمات هدير دمه. ولو عزَّر زوج عرسه لا^(٤)).

(١) ردّ ملا خسرو في «درر الحكام» (٢: ٧٥)، وابن كمال باشا في «الايضاح» (ق ٨٠/أ)، واللكتوي في «عمدة الرعاية» (٢: ٣٠٩) على اعتراض الشارح، فقال ملا خسرو: جنابة الشرب مقطوع بها وجنابة القذف لا؛ لاحتمال كون القاذف صادقا في قذفه وعجزه عن إقامة البيّنة لا يدل على كذبه لاحتمال غيبة شهوده أو أبائهم عن أدائها؛ ولأن شارب الخمر قلما يخلو عن القذف فيصير كل شارب جامعا بين الشرب والقذف فيتحقق منه جنابتان ومن القاذف جنابة واحدة؛ فلهذا كان ضربه أخف من ضرب الشارب وإن كان منصوبا عليه، فاضمحل ما قال صدر الشريعة؛ لأن حدّ الشرب لم يثبت بالقياس، بل بإجماع الصحابة، غايته: أن سند الإجماع هو القياس، وقد تقرر في الأصول أن الحكم يستند إلى الإجماع لا بسنده. اهـ.

(٢) وهل يكفر باطلاق الكفر على المسلم، المختار: إنه إن أراد الشتم لا يكفر، وإن اعتقد دينه كفرا كفرا؛ لأن اعتقاد دين الإسلام كفرا كفرا. كذا في «الذخيرة». ينظر: «العمدة» (٢: ٣٠٩).

(٣) الديوث والقربان: هو الذي يرى مع امرأته أو مع محرمه رجلا أجنبيا فيدعه خاليا بها. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ١٤٣/أ).

(٤) أي عزَّر زوجه لترك الزينة أو لترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه أو ترك الصلاة أو ترك الفسل من الجنابة، أو للخروج من البيت فماتت فإن دمها لا يكون هدرا، وتجب عليه الدية. ينظر: «شرح ملا مسكين» (ص ١٦٠).

قيل : القَحْبَةُ مَنْ يَكُونُ لَهَا هَمَّةُ الزَّنا ، فلا يَحْدُ .
أقول : القَحْبَةُ فِي الْعَرَفِ أَفْحَشُ مِنَ الزَّانِيَةِ ، لِأَنَّ الزَّانِيَةَ قَدْ تَفْعَلُ سِرًّا وَتَأْنِفُ مِنْهُ ،
وَالْقَحْبَةُ مَنْ تَجَاهَرُ بِهِ بِالْأَجْرَةِ .
وَالْفَاجِرَةُ تَكُونُ بِكُلِّ مَعْصِيَةٍ فَلَا حَدَّ بِهِ .
ولفظ ؛ حرامٌ زاده ؛ معناه المتولد من الوطء الحرام ، وهو أعم من الزنا كالواطء
حالة الحيض ، لكن في العرف لا يراؤ ذلك ، بل يراؤ وَلَدُ الزَّنا ، وكثيراً ما يراؤ به بالجُرْئِيزِ
الْحَبِّ^(١) ، فلهذا لا يَجِبُ الْحَدُّ .
وَالْمُؤَاجِرُ : يَسْتَعْمَلُ فِيمَنْ يُؤَاجِرُ أَهْلَهُ لِلزَّنا ، لكن معناه الحقيقي المتعارف ، لا
يؤذن بالزنا ، يقال : أَجَرْتُ الْأَجِيرَ مُؤَاجِرَةً ، إِذَا جَعَلْتَهُ عَلَى فَعْلِهِ أَجْرَةً .
ولفظ بَعَا : من شتم العوام ، يتفهوهُون به ، ولا يعرفون ما يقولون .
وَالضُّحْكَةُ بوزن الصُّفْرَةِ : مَنْ يَضْحَكُ عَلَيْهِ النَّاسُ ، وَيُوزِنُ الْهَمْزَةُ : مَنْ يَضْحَكُ
عَلَى النَّاسِ ، وَكَذَا السُّخْرَةُ وَنَحْوُهُ .
واعلم أَنَّ الْأَلْفَاظَ الدَّالَّةَ عَلَى الْقَبَائِحِ لَا تَعْدُ وَلَا تَحْصَى ، فَالْوَاجِبُ أَنْ يُذَكَّرَ لَهَا
ضَابِطٌ يَعْرِفُ بِهِ أَحْكَامُ جَمِيعِهَا .
فأقول : قد عرفت أَنَّ نِسْبَةَ الْمُحْصَنِ إِلَى الزَّنا تَوْجِبُ حَدَّ الْقَذْفِ ، فَنِسْبَةُ غَيْرِ
الْمُحْصَنِ كَالْعَبْدِ وَالْكَافِرِ إِلَيْهِ لَا تَوْجِبُ الْحَدَّ ؛ لِأَخْطَاطِ دَرَجَتَيْهِمَا ، بَلْ تَوْجِبُ التَّعْزِيرَ ؛
لِإِشَاعَةِ الْفَاحِشَةِ .
ونِسْبَةُ الْمُحْصَنِ إِلَى غَيْرِ الزَّنا لَا تَوْجِبُ حَدَّ الْقَذْفِ ، فَهَلْ تَوْجِبُ التَّعْزِيرَ أَمْ لَا ؟
فَبِإِنْ نِسْبَهُ إِلَى فَعْلٍ اخْتِيَارِيٍّ يَحْرُمُ فِي الشَّرْعِ ، وَيَعْدُ عَارًا فِي الْعَرَفِ ، يَجِبُ التَّعْزِيرُ ،
وَالْأَلَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَحْقِيرًا لِلْأَشْرَافِ .
وَأَمَّا قُلْنَا : إِلَى فَعْلٍ اخْتِيَارِيٍّ ؛ احْتِرَازًا عَنِ الْأُمُورِ الْخَلْقِيَّةِ ، فَلَا تَعْزِيرَ فِي : بِأَ
حِمَارٍ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ الْحَقِيقِيَّ غَيْرُ مُرَادٍ ، بَلْ مَعْنَاهُ الْمَجَازِي ، كَالْبَلِيدِ مَثَلًا ، وَهُوَ أَمْرٌ خَلْقِيٌّ .
وَكَذَا : الْقَرْدُ : يَرَادُ بِهِ قَبِيحُ الصُّورَةِ ، وَالْكَلْبُ : يَرَادُ بِهِ سَيِّئُ الْخَلْقِ ، إِلَّا أَنْ يُقَالَ لِلْإِنْسَانِ
شَرِيفِ النَّفْسِ كَعَالِمٍ ، أَوْ عَلَوِيٍّ ، أَوْ رَجُلٍ صَالِحٍ ، فَإِنَّهُمْ أَهْلُ الْإِكْرَامِ ، فَيَعَزَّرُ بِأَهَانَتِهِمْ

(١) الجُرْئِيزِ الْحَبِّ : الْخُدَاعُ اللَّيْمُ . يَنْظُرُ : «العمدة» (٢ : ٣١١) .

بخلاف الأزدال إذ يتفوهون بأمثال هذه الكلمات كثيراً، ولا يبالون من أن يقال لهم. وإنما قلنا: يحرم في الشرع؛ احترازاً عن أفعال اختيارية لا تحرم في الشرع مع أنه يعدُّ عاراً في العرف، كالحجَّام ونحوه، يراد به دنيء البهمة، وكذلك بالفارسية يا ناكس: إن قيل للأشراف عزُّر، ولغيرهم لا، ألا ترى أن السُّوقية، لا يبالون بأفعال فيها الحُسن والدُّناءة.

وإنما قلنا: يعدُّ عاراً في العرف؛ احترازاً عن أفعال اختيارية تحرم شرعاً، ولا يعدُّ عاراً في العرف، كلعِبِ التُّردِّ^(١)، والغناء^(٢)، وأعمال الدُّيوان في زماننا^(٣). ثمَّ كَيْفِيَّةُ التَّعْزِيرِ وَكَمِّيَّةُ يَفْوَضَانِ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ فَيَرَاعِي عِظَمَ الْجَنَايَةِ وَصَفَرَهَا، وَحَالَ الْقَائِلِ وَالْمَقُولِ فِيهِ^(٤). «والله أعلم»^(٥).



(١) الترد: فص أو فصوص من نحو عظم أو خشب فيها نقط تطرح على لوح فيه بيوت لكل نقطة بيت يعرف بها كيفية اللعب. ينظر: «الفتاوى الفقهية الكبرى» (٤: ٣٥٢).

(٢) قال اللكنوي في «عمدة الرعاية» (٢: ٣١٣): والحق أنه لا وجه لحرمة الغناء مطلقاً، بل هو حرام إذا اقترن به غيره من الحرمات كالآلات اللهو من الطبل وغيرها مما يضرب عند الغناء إلا الدف. فإن المعارف أي المزامير كلها حرام إلا الدف، بذلك وردت الأخبار، ولا عبرة لقول من حرم الدف أيضاً، أو مطلق الغناء، وكذا لا عبرة لقول من أباح جميع المزامير كائناً من كان فإنه لا قول لأحد بعد ورود الأحاديث الصحيحة الدالة على حرمة جميع المزامير إلا الدف. اهـ. وللعلامة عبد الغني النابلسي رسالة في المسألة مسماة بـ«إيضاح الدلالات في سماع الآلات»، لطيفة في بابها.

(٣) لأن هذه الاعمال في أزماننا لا تخلو عن ظلم وإتلاف حقوق وإفساد ونحو ذلك من الأمور المحرمة شرعاً بخلاف الأزمنة السابقة فإن تلك الاعمال كانت فيها صالحة. ينظر: «العمدة» (٢: ٣١٣).

(٤) أي إن كان القاذف ذا مروءة وعظ، وإن كان دون ذلك حبس، وإن كان شتماً ضرب وحبس، وكذا المقذوف إذ كان من العلماء والسادات والأبرار يعزَّر بقذفهم كل واحد من الأشرار. ينظر: «خبرة العقبي» (ص ١٩٠).

(٥) زيادة من ف.

كتاب السرقة

ركنُها: الأخذُ خفيةً. وعملُها: مالٌ محرَّرٌ مملوك، وهو شرط، ونصابُها: قدرُ عشرةِ دراهمٍ مضروبة، وحكمُها: القطع. فإن سرقَ مكلفٌ حرًّا أو عبدٌ قدرَ النصابِ محرراً بلا شبهة، بمكانٍ: كبيت، أو صندوق، أو يحافظ كجالسٍ في طريق أو مسجدٍ عندئذٍ ماله، وأقرُّ بها مرةً

كتاب السرقة^(١)

(ركنُها: الأخذُ خفيةً.

وعملُها: مالٌ محرَّرٌ مملوك، وهو شرط)؛ فإنَّ محلَّ الفعلِ شرطٌ للفعلِ لكونه خارجاً عنه محتاجاً إليه.

(ونصابُها: قدرُ عشرةِ دراهمٍ مضروبة).

اعلم أن المالَ المذكورَ مقدَّرٌ بالنَّصابِ، وهو مقدارُ عشرةِ دراهمٍ مضروبةٍ من فضة^(٢).

وعند الشافعي^(٣) ربيعُ دينارٍ ذهب.

وعند مالك^(٤) ثلاثة دراهم.

(وحكمُها: القطع.

فإن سرقَ مكلفٌ حرًّا أو عبدٌ قدرَ النصابِ محرراً بلا شبهة)، احترازٌ عما يكونُ في الحرزِ شبهة، كما إذا سرقَ من بيتِ ذي رحمٍ محرم، (بمكانٍ: كبيت، أو صندوق، أو يحافظ كجالسٍ في طريق أو مسجدٍ عندئذٍ ماله^(٥)، وأقرُّ بها مرةً)، هذا

(١) السرقة: هي أخذ مال الغير على سبيل الخفية والاستتار ابتداءً وانتهاءً. ينظر: «المحيط» (ص ٢٧٩).

(٢) ٤.١١٦ غم الدرهم 100×21.16 غم.

(٣) ينظر: «الأم» (٦: ١٥٨)، و«المنهاج» (٤: ١٥٨)، و«الفرع البهي» (٥: ٩٠)، وغيرها.

(٤) ينظر: «المدونة» (٤: ٥٣٤)، و«المنتقى شرح الموطأ» (٧: ١٥٦)، و«الفواكه الدواني» (٢: ٢١٤).

وغيرها.

(٥) في ج و ق: مال. أي الجالس عند ماله في الطريق أو في المسجد.

أو شهد رجلان، وسألهما الإمام كيف هي؟ وما هي؟ ومتى؟ وأين هي؟ وكم هي؟ وممن سرق؟ فإن بيناها قطع، فإن شارك جمع فيها، وأصاب كلاً، قدر نصاب قطعوا، وإن أخذ بعضهم

عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله لا بد أن يقر مرتين قياساً على الزنا، فإن كل إقرار بمثابة شاهد واحد.

قلنا: إنما يشترط الأربعة في الزنا بالنص على خلاف القياس، وفيما سواه بقي على الأصل، وهو أن المرة مؤخذة^(١) بإقراره.

(أو شهد رجلان، وسألهما الإمام كيف هي؟ وما هي؟ ومتى؟ وأين هي؟ وكم هي؟ وممن سرق؟ فإن^(٢) بيناها قطع)^(٣).

سأل عما هي؟ لأنه ربما يتوهم أنه لا يحتاج إلى الخفية، كما في السرقة الكبرى: أي قطع الطريق.

وعن كيف كانت هذه السرقة؟ ليعلم أنه أخرج أو ناول من هو خارج.

وعن متى كانت؟ ليعلم أنها متقدمة أم لا.

وعن أين كانت؟ أي في دار الإسلام أو دار الحرب.

وكم هي ترجع إلى السرقة؟ والمراد المسروق فيسأل عن الكمية؛ ليعلم أن المسروق كان نصاباً أم لا.

وممن سرق؟ ليعلم أنه من ذي رحم محرم أم لا.

(فإن شارك جمع فيها، وأصاب كلاً): أي كل واحد، (قدر نصاب قطعوا،

وإن أخذ بعضهم)^(٤): أي مع أن الأخذ^(٥) صدر^(٦) من بعضهم فقط.

(١) في س: وأخذ، وفي م: مؤخذ.

(٢) في أ وب و ت و ج و س و ص و ف و ق: و.

(٣) أي الشاهدان، أما المقر فيسأل عن الكل إلا الزمان؛ لأن التقادم لا يمنع الإقرار. ينظر: «الدر المنثور» (١): (٦١٥).

(٤) أي سواء خرجوا معه، أو بعده في فوره، أو خرج هو بعدهم في فورهم. ينظر: «فتح باب المعاني» (٢): (٢٤١).

(٥) العبارة في ف: أي وإن كان الأخذ.

(٦) في العبارة في م: أنه صدر الأخذ.

أبواب ما يقطع به وما لا يقطع

وقطع بالسَّاج، والقنا، والأبنوس، والصُّندل، والفُصُوص، والياقوت، والزُّبرجَد، واللؤلؤ، والإناء، والباب متخذين من خشب، لا بتافيه يوجد مباحاً في دارنا: كخشب، وحشيش، وقصب، وسمك، وصيد، وزرنيخ، ومَعْرَة، ونُورَة، ولا بما يفسد سريعاً، كلين، ولحم، وفاكهة رطبة

أبواب ما يقطع به وما لا يقطع

(وقطع^(١) بالسَّاج^(٢)، والقنا^(٣)، والأبنوس^(٤)، والصُّندل^(٥)، والفُصُوص الخضر^(٦)، والياقوت، والزُّبرجَد، واللؤلؤ^(٧)، والإناء، والباب متخذين^(٨) من خشب^(٩))؛ إنما عدَّت هذه الأشياء؛ لأنها من جنس الخشب، والحجر المباحين في الصحاري والجبال، فيتوهم أنه^(١٠) لا قطع فيها.

(لا بتافيه يوجد مباحاً في دارنا: كخشب، وحشيش، وقصب، وسمك، وصيد، وزرنيخ^(١١)، ومَعْرَة^(١٢)، ونُورَة، ولا بما يفسد سريعاً، كلين، ولحم، وفاكهة رطبة

(١) في م: قطع.

(٢) السَّاج: شجرٌ يعظم جداً، قالوا ولا ينبت إلا ببلاد الهند. ينظر: «المغرب» (ص ٢٣٧).

(٣) القنا: جمع قناة، وهي خشبة الرمح. ينظر: «النباية» (ص ٥ : ٥٥٤).

(٤) الأبنوس: شجر كقطعة حجر على رأسه نبت أخضر وخشبه صلب جداً لا يقف على الماء بل يرسب وهو أشبه خشب بالحجر. ينظر: «عجائب المخلوقات» (٢ : ٤).

(٥) الصندل: شجر طيب الرائحة معروف. ينظر: «المصباح» (ص ٣٣٦).

(٦) الفُصُوص: جمع فصّ الخاتم، والتقييد بالخضر اتفاقي، فإن الحكم متحد في جميع الألوان. ينظر: «العمدة» (٢ : ٣١٧).

(٧) لأنها من أعزّ الأموال وأنفسها ولا توجد مباحة الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة. ينظر: «الهداية» (٢ : ١٢١).

(٨) في م: المتخذين.

(٩) في س وم: الخشب.

(١٠) في أ و ص و ف: ان.

(١١) الزُّرنيخ: حجر معروف، وله أنواع كثيرة، منه: أبيض، وأحمر، وأصفر ينظر: «تاج العروس» (٧ : ٢٦٣).

(١٢) مَعْرَة: طين أحمر. ينظر: «المصباح» (ص ٥٧٦).

وفاكهة رطبة وثمر على شجر، وبطيخ، وزرع لم يحصد، ولا في أشربة مطربة، وآلات لهو، وصليب من ذهب، أو فضة، أو شطرنج، ونرد

وفاكهة رطبة وثمر^(١) على شجر، وبطيخ: هذا عند أبي حنيفة ومحمد عليهما السلام. وأما عند أبي يوسف عليه السلام يقطع في كل شيء إلا في الطين، والتراب، والسرقين. وعند الشافعي^(٢) لا يمنع القطع كون الشيء مباح الأصل كالخطب، ولا كونه رطباً، كالفواكه، ولا كونه متعرضاً^(٣) للفساد كالمرقة. ولنا: قول عائشة عليها السلام: «كانت اليد لا تقطع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء الثأف»^(٤) أي الحقيق.

وقوله عليه السلام: «لا قطع في الطير»^(٥).

وقوله عليه السلام: «لا قطع في ثمر ولا شجر»^(٦).

(وزرع لم يحصد)؛ لعدم الحرز.

(ولا في أشربة مطربة، وآلات لهو، وصليب من ذهب، أو فضة، أو شطرنج، ونرد)؛ لأنه يقول أخذته للإراقة والكسر.

(١) في ت وج وق: ثمر.

(٢) ينظر: «الغرر البهية» (٥: ٩٠)، و«مغني المحتاج» (٤: ١٦٢)، وغيرهما.

(٣) في م: معترضا.

(٤) في «مسند أبي عوانة» (٤: ١١٤)، و«سنن البيهقي الكبير» (٨: ٢٥٥)، ورجح البيهقي أنه من كلام عروة، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٥: ٤٧٦)، و«مسند ابن راهويه» (٢: ٢٣١)، و«شعب الإيمان» (١: ٢٦٧)، وينظر: «تلخيص الحبير» (٣: ٧٤)، و«نصب الراية» (٣: ٣٦٠)، وغيرها.

(٥) في «مصنف ابن أبي شيبة» (٥: ٥٢٢): عن يزيد بن خصيفة، قال: أتني عمر بن عبد العزيز برجل سرق طيراً فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال: ما رأيت أحداً قطع في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر بن عبد العزيز ولم يقطعه. وفي «سنن البيهقي الكبير» (٨: ٢٦٣): عن أبي الدرداء، قال: ليس على سارق الحمام قطع. وهذا إنما أراد في الطير والحمام المرسلة في غير حرز. وينظر: «الدراية» (٢: ١٠٩).

(٦) عن رافع بن خديج في «موطأ مالك» (٢: ٨٣١)، و«سنن الترمذي» (٤: ٥٢)، و«سنن ابن ماجه» (٥: ٨٦٥)، و«صحيح ابن حبان» (١: ٣١٧)، و«المنتقى» (١: ٢٠١)، و«سنن الدارمي» (٢: ٢٢٨)، وغيرها، وينظر: «الدراية» (٢: ١٠٩)، و«خلاصة البدن» (٢: ٣١٢)، وغيرهما.

وبابُ مسجد ومصحف، وصبيٌ حرٌّ، ولو عَمَلَتَيْنِ، وعبدٌ ودَفْتَرٌ إِلَّا الصَّغِيرَ، ودَفْتَرُ الحساب، ولا في كلب، وفهد، وخيانة، وخُلْسٌ، ونَهْبٌ، وتَبَشٌ، ومالٌ عامَّةٌ، ومالٌ له فيه شركة، ومثل حَقِّه حالاً، أو مَوْجِلاً، ولو مَزِيدٌ

(وبابُ مسجد)^(١)؛ لعدم الإحرازِ خلافاً للشَّافِعِيِّ^(٢)، (ومصحف)؛ لأنَّه يقولُ أَخَذْتُهُ للقراءة خلافاً لأبي يوسف والشَّافِعِيِّ^(٣)، (وصبيٌ حرٌّ)؛ لأنَّه ليس بمالٍ، (ولو عَمَلَتَيْنِ)، يرجعُ إلى المصحف والصَّبيِّ، فإنَّ الحَلِيَّةَ تبعُ.

وعند أبي يوسف رحمته إن بلغت الحَلِيَّةَ النُّصَابَ يقطع.

(وعبدٌ ودَفْتَرٌ)^(٤) إِلَّا الصَّغِيرَ، ودَفْتَرُ الحساب)؛ لأنَّ أَخَذَ العبدَ الكبيرَ يَكُونُ غصباً أو^(٥) خداعاً لا سرقةً، والمقصودُ من الدَفْتَرِ ما فيه، وهو ليس بمالٍ، وأما دَفْتَرُ الحساب فالْمَقْصُودُ منه المالُ، وهو لا يسرقُ لفائدةٍ غيرَ مَالِيَّةٍ.

(ولا في كلب، وفهد، وخيانة)^(٦)، وخُلْسٌ^(٧)، ونَهْبٌ^(٨)، وتَبَشٌ، ومالٌ عامَّةٌ،

كمال بيت المال.

(ومالٌ له فيه شركة، ومثل حَقِّه حالاً، أو مَوْجِلاً)؛ أي إن كان له على آخرِ دراهمٍ سواءَ كانت حالةً، أو مَوْجَلَةً فسرَقَ مِثْلَهَا، (ولو مَزِيدٌ)؛ لأنَّه بمقدارِ حَقِّه يصيرُ شريكاً فيه^(٩).

(١) وكذا سارق باب كل دار، وسارق نعال المصلين من المسجد، وأستار الكعبة. ينظر: «البحر» (٥: ٥٩)، و«العمدة» (٢: ٣١٩).

(٢) ينظر: «المنهاج» (٤: ١٦٣)، وشرحه «تحفة المحتاج» (٩: ١٣٣)، وغيرهما.

(٣) في «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٤: ١٨٧) يعتبر القطع في المصحف إذا بلغت قيمته ربع دينار ذهب. وفي «تحفة المحتاج» (٩: ١٣٢)، و«التجريد لنفع العبيد» (٤: ٢٢٠)، و«فتوحات الوهاب» (٥: ١٤١): لا

قطع بسرقة مصحف وقف للقراءة في المسجد.

(٤) أي سواء كان فيه علم الشريعة أو الشعر أو اللغة؛ لأن المقصود من دفاتر هذه الأشياء ما فيها. وهو ليس بمال. ينظر: «فتح باب العناية» (٣: ٢٤٤).

(٥) في م: و.

(٦) خيانة: وهي أن يخون المودع فيما في يده من الشيء المأمون. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٣١٩).

(٧) خُلْسٌ: وهو أن يأخذ من اليد بسرعة جهراً. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٦١٨).

(٨) نَهْبٌ: وهو أن يأخذ على وجه العلانية قهراً من ظاهر بلدة أو قرية. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٨٠).

(٩) زيادة من أ.

وما قُطِعَ فيه، وهو بحاله، وإن تغيَّرَ فسرقَ قُطِعَ ثانياً، كغزلٍ قُطِعَ فيه، فُتِيجَ فسرقَ. ولا إن سرقَ من ذي رحمٍ محرمٍ منه، وبخلافِ ماله من بيتٍ غيره، ومالٍ مرضعته

(وما قُطِعَ فيه، وهو بحاله): أي لا يقطعُ بسرقةٍ شيءٍ قطعَ فيه مرةً، ثم وصلَ إلى مالكه، ثم سرقَهُ والحالُ أنَّه لم يتغيَّرَ عن حاله، وهذا عندنا. وأمَّا عند أبي يوسفٍ والشَّافِعِيِّ رحمه الله تقطعُ؛ لقوله ﷺ: «فَإِنْ عَادَ فَأَقْطَعُوهُ»^(١).

ولنا: إن عصمةَ المسروقِ قد سقطتْ على ما يأتي في مسألة: القِطْعُ مع الضَّمانِ^(٢)، ثمَّ إذا عادَ المسروقُ إلى مالكه، فالعصمةُ وإن عادتْ فشبهةُ سقوطها أسقطتْ القِطْعَ.

وقوله ﷺ: «فَإِنْ عَادَ»: أي إلى السرقة لا إلى المسروق، لثلا يعارضُ دليلَ سقوطِ العصمةِ علا أنَّه مطعون، طعنه الطَّحاوِيُّ^(٣).

(وإن تغيَّرَ فسرقَ قُطِعَ ثانياً، كغزلٍ قُطِعَ فيه، فُتِيجَ فسرقَ)^(٤).

ولا إن سرقَ من ذي رحمٍ محرمٍ منه، سواءً كان المألُ ماله، أو مالٌ أجنبيٌّ للشبهة في الحرز، (وبخلافِ ماله من بيتٍ غيره)؛ فإنه إذا سرقَ مالَ ذي رحمٍ محرمٍ من بيتٍ أجنبيٍّ يقطعُ؛ لوجود الحرز.

(ومالٍ مرضعته)^(٥): سواءً سُرِقَ من بيتها، أو من بيتٍ غيرها، فإنه يُقطعُ خلافاً لأبي يوسفٍ ﷺ؛ لأنَّ الرُّضَاعَ قَلَمًا يشتهرُ فلا انبساط، ولا يكفي الإذنُ بالدُّخُولِ شرعاً، فإنه متحقِّقٌ في الأختِ رضاعاً مع أنَّه يقطعُ.

(١) عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: (إذا سرق السارق فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله، فإن عاد فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله) في «سنن الدارقطني» (٣: ١٨١)، قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣: ٣: ٣٧٢، ٣٦٨) فيه سندُه الواقدي، وفيه مقال.

(٢) (ص ٢٣٥).

(٣) بقوله: قد تبعتها هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلاً. ينظر: «المبسوط» (٩: ١٦٧)، و«البنية» (٥: ٥٨٩).

(٤) لأنه صار بالتغيير كعين أخرى حتى تبدل اسمه ويملكه الغاصب به، وكذا في كل عين فرد على المالك فأحدث فيه صنعة لو أحدثه الغاصب في المصوب انقطع حق المالك. ينظر: «جامع الرموز» (٢: ٣٠٤).

(٥) في ب و س و م: مرضعة.

ولا من زوج وعرس ولو من حرزٍ خاص له، ولا من سيده أو عرسه، أو زوج سيده، ولا من مكائبه، ومضيئه، ومعثم، وحمام، وبيت أذن في دخوله، أو سرق شيئاً ولم يخرج من الدار، أو دخل بيتاً وناول من هو خارج

(ولا من زوج وعرس ولو من حرزٍ خاص له) ؛ إنما قال هذا ؛ لأن فيه خلافاً الشافعي^(١) .

(ولا من سيده أو عرسه، أو زوج سيده، ولا من مكائبه، ومضيئه^(٢)، ومعثم^(٣)، وحمام، وبيت أذن في دخوله) ؛ فإن كان الإذن نهاراً، فسرق ليلاً يقطع واعلم أن الحرز بالحافظ لا اعتبار له عند وجود الحرز بالمكان، فإذا سرق في الحمام شيء، وله حافظ فلا قطع ؛ لأن الحمام حرز، وقد اختل الحرز^(٤) بالأذن بالدخول، ولا اعتبار بالحافظ فيه، فلا قطع بخلاف الحافظ في المسجد، فإن المسجد ليس بحرز، فاعتبر الحافظ.

(أو سرق شيئاً ولم يخرج من الدار، أو دخل بيتاً وناول من هو خارج^(٥))، هذا عندنا، وأما عند أبي يوسف والشافعي^(٦) . إن أخرج يده، وناول غيره فعليه القطع، وإن أدخل الآخر يده، وناول فأخذه فعليه القطع. وفي «الذخيرة»^(٧) : إن وضع

(١) ينظر : «تحفة المحتاج» (٩ : ١٣١)، و«مغني المحتاج» (٤ : ١٦٢)، وغيرهما.

(٢) يشمل ما إذا سرق من البيت الذي أضافه فيه، أو من غيره من تلك الدار التي أذن له في دخولها، وهو مقفل أو في صندوق مقفل ؛ لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد، فبالإذن في الدار اختل الحرز فيكون فعله خيانة لا سرقة. ينظر : «مجمع الأنهر» (١ : ٦٨١).

(٣) للشبهة ؛ لأن له فيه نصيباً.

(٤) زيادة من ف.

(٥) إذا لا قطع عليهما ؛ لأن الأول لم يخرج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه، والثاني لم يهتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد. ينظر : «درر الحكام» (٢ : ٨١).

(٦) ينظر : «التجريد لنفع العبيد» (٤ : ٢٢٤)، و«مغني المحتاج» (٤ : ١٧٢)، و«فتوحات الوهاب» (٥ : ١٤٨)، والتفصيل المذكور في «الذخيرة» موجود في كتب الشافعية.

(٧) «الذخيرة البرهانية» (ق ١٩٨ / ب).

أو نقب بيتاً فادخل يده فيه، وأخذ شيئاً، أو طرّ صرةً خارجةً من كمّ غيره.

فيما بين الدّاخل والخارج، فأخذ الآخر، ففي رواية: لا يقطع، وفي رواية: يقطع يدهما. (أو نقب بيتاً فادخل يده فيه، وأخذ شيئاً): هذا عندنا، وعند أبي يوسف رحمهما يقطع كما في الصندوق.

قلنا: ليس بهتك حرز على الكمال بخلاف الصندوق؛ لأنّ الممكن ليس إلاّ هذا^(١).

(أو طرّ^(٢) صرةً خارجةً من كمّ غيره)، هذا يشمل ما إذا كانت الصرة غير الكمّ، أو نفس الكمّ بأن جعل الدرهم في الكمّ وربطها من خارج، فبقي موضع الدرهم - وهو شيء من الكمّ - خارجاً ما في الكمّ، فإذا طرّ لا يجب القطع. واعلم أنّه إذا كانت الصرة نفس الكمّ يأتي بأربع صور؛ لأنّه إمّا أن جعل الدرهم في داخل الكمّ والرباط من خارج، أو جعلها على خارج الكمّ والرباط من داخل.

وعلى التقديرين إمّا أن طرّ أو حلّ الرباط:

فإن طرّ والرباط من خارج فلا قطع، وهو ما مرّ قبل التّقسيم.

وإن طرّ والرباط من داخل، وذلك بأن يدخل يده في الكمّ، فيقطع موضع الدرهم، فيخرج الدرهم مع الطرف، فأخذ الدرهم من الكمّ، فيقطع للأخذ من الحرز.

وإن حلّ الرباط، وهو خارج قطع؛ لأنّه إذا حلّ الرباط بقي الدرهم في الكمّ، فلا بدّ أن يدخل يده في الكمّ، فيأخذ الدرهم.

وإن حلّ الرباط وهو داخل لا يقطع؛ لأنّه أدخل يده في الكمّ فحلّ الرباط، فيبقى الدرهم خارج الكمّ، فأخذها من خارج.

وعند أبي يوسف رحمهما يقطع في الوجوه كلها؛ لأنّ الكمّ حرز.

(١) أي هتك الحرز على سبيل الكمال شرط؛ لأن به تتكامل الجنابة، ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول إلا بالدخول ولم يوجد، بخلاف الأخذ من الصندوق؛ لأنّ هتكها بالدخول متعذر، فكان الأخذ بإدخال اليد فيها هتكاً متكاملاً فيقطع. ينظر: «البدائع» (٧: ٦٦).

(٢) الطرّ: الشق والقطع من حد دخل؛ أي يشق أو يقطع ثوباً فيأخذ منه مالا. ينظر: «طلبة الطلبة» ص (٧٨).

أو سرق جملًا من قطار، أو جملًا، وقطع إن حفظه ربه، أو نام عليه، أو شقّ الجمل وأخذ منه شيئًا، أو أدخل يده في صندوق غيره، أو كتمه، أو جيبه، أو أخرج من مقصورة دار فيها مقاصير إلى صحنها، أو سرق رب مقصورة من أخرى فيها

(أو سرق جملًا من قطار^(١))، أو جملًا، وقطع إن حفظه ربه؛ فإن القائد، والسائق، والراكب لا يقصدون إلا قطع المسافة دون الحفظ، حتى لو كان هناك حافظ قطع سارق الجمل والجمل، (أو نام عليه)؛ فإن التوم على الجمل، أو بقرب منه حفظ له.

(أو شقّ الجمل^(٢) وأخذ منه شيئًا^(٣))؛ فإن الجوالق^(٤) حرز. (أو أدخل يده في صندوق غيره، أو كتمه، أو جيبه^(٥))، المراد إدخال اليد في الكتم؛ للأخذ لا لحلّ الرباط، كما مر^(٦).

(أو أخرج من مقصورة^(٧) دار فيها مقاصير إلى صحنها^(٨))، أو سرق رب مقصورة من أخرى فيها، أراد موضعًا كمدرسة، أو نحوها فيها حجرات يسكن في

(١) قطار: وهو الإبل على نسق واحد، من قطر الإبل تقطيرًا: أي جعلها قطارًا بعضها على أثر بعض. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٩٨).

(٢) لأن صاحب المال اعتمد الجوالق فكان هاتكًا للحرز بخلاف ما إذا أخذ الجولق بما فيه ينظر: «البحر» (٥: ٦٦).

(٣) قيد بالأخذ من الحمل؛ لأنه إذا لم يأخذ منه بالذات بل أخذ من الأرض ما سقط منه بسبب شقه لا يقطع؛ لأنه لم يأخذ من الحرز. ينظر: «رد المحتار» (٣: ٢٠٥).

(٤) الجوالق: وعاء من صوف أو شعر أو غيرهما، وهو عند العامة: شوال. ينظر: «المعجم الوسيط» (ص ١٤٨).

(٥) الجيب في العرف يطلق على ما يشق من الثوب بجانب لتحفظ فيه الدراهم ونحوها. ينظر: «العمدة» (٢: ٣٢٦).

(٦) أي قبل أسطر.

(٧) مقصورة الدار: حجرة من حجرها، ومقصورة المسجد: مقام الإمام. ينظر: «المغرب» (ص ٣٨٥).

(٨) أي حجر ومنازل وفي كل مقصورة مكان يستغني به أهله عن الانتفاع بصحن الدار وإنما ينتفعون به انتفاع السكة فيكون إخراجهم إليه كإخراجهم إلى السكة لأن كل مقصورة حرز على حدة إذ لكل مقصورة باب وغلق على حدة، ومال كل واحد محرز بمقصورته، فكانت المنازل بمنزلة دور في محلة. وإن كانت صغيرة بحيث لا يستغني أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار بل ينتفعون به انتفاع المنازل فهي بمنزلة مكان واحد فلا يقطع. ينظر: «التبيين» (٣: ٢٢٢ - ٢٢٣).

أو ألقى شيئاً من حرز في الطريق، ثم أخذه، أو حمله على حمار فساقه وأخرجه من الحرز

كلُّ منها إنسان لا تعلق له بالحجرة^(١) التي يسكن^(٢) فيها غيره، لا كالدَّار التي صاحبها واحد، ويوثقها مشغولة بمتاعه وخدامه، وبينهم انبساط.

(أو ألقى شيئاً من حرز في الطريق، ثم أخذه، أو حمله على حمار فساقه وأخرجه من الحرز)، هذا عندنا.

وأما عند الشافعي^(٣) عنه لا يقطع^(٤) سواء أخذه أو تركه في الطريق. وعند زفر^(٥) عنه لا يقطع في الإلقاء^(٦) ولا في الحمل، فإنَّ الإلقاء ليس بإخراج كمنالة من هو خارج، وكما إذا ألقى ولم يأخذ. قلنا: إذا لم يطرأ^(٧) عليه يد حقيقة^(٨) كان في حكم يده، فتَمَّ بالأخذ بعد الخروج، بخلاف مسألتي المناولة وعدم الأخذ^(٩). وفي مسألة الحمل^(١٠) سير^(١١) الدابة يضاف إليه^(١٢).

(١) في م: بالحجر.

(٢) في ف: سكن.

(٣) ينظر: «المحلي» (٤: ١٩٦)، و«تحفة المحتاج» (٩: ١٤٦)، و«نهاية المحتاج» (٩: ٤٥٩)، وغيرها.

(٤) في م: لا يقطع.

(٥) العبارة في ف: لا في الإلقاء.

(٦) في ف: يطر.

(٧) العبارة في م: يد غيره حقيقة. وفي س: للحقيقة.

(٨) حاصله أن الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة المناولة: أن طرؤه اليد الأخرى هنا أبطل نسبة الأخذ إليه، فأسقط القطع بخلاف ما نحن فيه فإنه وإن ألقاه في الطريق لكنه لم تطرأ يد أخرى عليه، فإذا أخذه ثم منه فعل السرقة بخلاف ما إذا تركه ولم يأخذه فإنه تضييع. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٣٢٧).

(٩) في ب: الجمل.

(١٠) في أ و ص: وسير.

(١١) لسوقه إياه؛ لأن الحمار لو خرج بنفسه لا يقطع السارق؛ لأن للبهيمة اختياراً. ينظر: «فتح باب العناية» (٣: ٢٥٠).

فصل كيفية القطع، وإثباته

يقطع ممين السارق من زنده ونحسم، ثم رجله اليسرى إن عاد، فإن عاد ثالثاً لا ويسجن حتى يتوب، فإن كان يده اليسرى، أو إبهامها، أو إصبعها، أو رجله اليمنى مقطوعة، أو شلاء، أو رده إلى مالكه قبل الخصومة، أو ملكه بهبة، أو بيع، أو نقصت قيمته من النصاب قبل القطع، أو سرق فادعى ملكه، أو أحد السارقين وإن لم يبرهن، أو لم يطالب مالكها وإن أقر هو بها، فلا قطع

فصل كيفية القطع، وإثباته^(١)

(يقطع ممين السارق من زنده^(٢) ونحسم^(٣)، ثم رجله اليسرى إن عاد، فإن عاد ثالثاً لا ويسجن حتى يتوب)، إمام السجن فقط، وإمام مع التعزير عند بعض مشايخنا، وعند الشافعي^(٤) يقطع يده اليسرى، ثم رجله اليمنى؛ لقوله ﷺ: «مَنْ سَرَقَ فاقطعوه، فَإِنْ عَادَ فاقطعوه، فَإِنْ عَادَ فاقطعوه»^(٥).

ومذهبنا مأثور عن علي^(٦)، ولو كان الحديث صحيحاً لما خالفه، ولما أخذ الصحابة بقوله، والطحاوي قد طعن في الحديث، أو هو محمول على السياسة.

(فإن كان يده اليسرى، أو إبهامها، أو إصبعها، أو رجله اليمنى مقطوعة، أو شلاء، أو رده إلى مالكه قبل الخصومة، أو ملكه بهبة، أو بيع، أو نقصت قيمته من النصاب قبل القطع، أو سرق فادعى ملكه، أو أحد السارقين وإن لم يبرهن، أو لم يطالب مالكها وإن أقر هو بها، فلا قطع)؛ لأنه لو قطعت اليمنى، وقوة البطش

(١) زيادة من ق.

(٢) الزند: عظمت الساعد. ينظر: «المغرب» (ص ٢١١).

(٣) أي كواه لكي لا يسيل دمه. ينظر: «القاموس» (٤: ٩٨).

(٤) سبق تخريجه (ص ٢٢٦).

(٥) قال الشعبي وغيره: كان علي^{عليه السلام} يقول: إذا سرق السارق مراراً قطعت يده ورجله، ثم إن عاد

استودعته السجن. وقال الزهري: انتهى أبو بكر في قطع السارق إلى اليد والرجل. وقال مكحول: إن

عمر^{عليه السلام} قال: إذا سرق فاقطعوا يده، ثم إن عاد فاقطعوا رجله، ولا تقطعوا يده الأخرى ودرءه يأكل

بها الطعام ويستنجي بها من الفائط، ولكن اجسوه عن المسلمين. في «مصنف أس أبي شبة» (٦: ٨٣)

(، و«مصنف عبد الرزاق» (١٠: ١٨٦). وينظر: «نصب الراية» (٣: ٣٧٤)، و«الدراية» (٢: ١١٢).

فائتة في اليسرى، يلزم تفويت جنس المنفعة، وهو في الحقيقة إهلاك.
وكذا إن كانت الرجل اليمنى مقطوعة، أو سلاء؛ لأنه إذا لم يكن للإنسان يد
ورجل في طرف واحد، فهو لا يقدر على المشي أصلاً، وأما من الطرفين فيضع العصا
تحت إبطه؛ فيكون قائماً مقام الرجل، الفائتة.
وإذا ردَّ المسروق إلى مالكه قبل الخصومة لا يمكن الدَّعوى، فلا يظهر السرقة.
وعند أبي يوسف رحمته الله يقطع.
وإنما قال: ملكه بهبة؛ ليُعلم أن المراد الهبة مع القبض.
وعند زفر والشافعي رحمته الله يقطع.^(١)
وكذا في نقصان القيمة يقطع عندهما^(٢).
وإنما لا يقطع عندنا؛ لأنَّ النصاب لما كان شرطاً عند ظهور السرقة، وهو حال
القضاء.

وقد ذكر في كتبنا أنه لا يندفع القطع عند الشافعي رحمته الله بمجرد دعوى السارق أن
المسروق ملكه؛ لأنه لا يعجز سارق عن ذلك، فيؤدى إلى سد باب الحد، لكن في
«الوجيز»^(٣) ذكر خلاف هذا^(٤)، وعلل بأنه صار خصماً في المال، فكيف يقطع بحلف
غيره.

وقوله: أو لم يطالب مالکها وإن أقر هو بها فلا قطع؛ أي إن لم يطالب مالك

(١) ينظر: «تحفة المحتاج» (٩: ١٢٩)، و«مواهب الصمد» (ص ١٤٠)، وغيرهما.

(٢) ينظر: «التنبية» (ص ١٤٩)، و«حاشية على تحفة المحتاج» (٩: ١٢٥)، وغيرهما.

(٣) لمحمد بن محمد بن محمد الطوسي القزالي، أبو حامد، زين الدين، قال الأسنوي: إمامٌ باسمه تشرح
الصدور، وتحبى النفوس، ويرسمه تفتخر المحابر وتهتز الطروس، ولسماعه تخشع الأصوات وتخضع
الرؤوس. من مؤلفاته: «الإحياء»، و«كيمياء السعادة»، و«بداية الهداية»، (٤٥٠ - ٥٠٥ هـ). ينظر:
«طبقات الأسنوي» (٢: ١١١ - ١١٣). «طبقات ابن هداية الله» (ص ١٩٢ - ١٩٥). «التعليقات
السنية» (ص ٢٤٣).

(٤) ومنصوص على ذلك أيضاً في «المنهاج» (٤: ١٦١)، وشرحه «مفني المحتاج» (٤: ١٦١). و«حاشية
قليوبي وعميرة» (٤: ١٨٨)، وغيرها. ولكن في «مفني المحتاج» (٤: ١٦١): وفي وجو أو قول مخرج
يقطع؛ لكلا يتخذ الناس ذلك ذريعة لدفع الحد. اهـ. فمعه يعلم أن ما في كتب الأحناف قول أو وجه
مذكور في كتب الشافعية وإن كان المعتمد غيره.

فإن سرقا وغاب أحدهما، فشهدا على سرقتهما قطع الآخر. وقطع بمخصومة ذي يد حافظة كمودوع، وغاصب، وصاحب ربا، ومستعير، ومستاجر، ومضارب، وقابض على سوم الشراء، ومُرْتَهِن، وبمخصومة المالك مَنْ سرق منهم، لا مَنْ سرق من سارق قطع، وقُطِعَ عَبْدٌ أَقْرُ بِسَرْقَةٍ وَرُدَّتْ إِلَى مَالِكِهَا

السَّرْقَةُ: أي المسروق، فلا قطع، وإن أَقْرَ السَّارِقُ بالسَّرْقَةِ؛ لَأَنَّهُ لَمَّا كَانَ الدَّعْوَى شَرْطاً لَا بُدَّ مِنْ مَطَالِبَةِ المدَّعِي.

(فإن سرقا وغاب أحدهما، فشهدا على سرقتهما قطع الآخر.)

وقطع بمخصومة ذي يد حافظة كمودوع، وغاصب، وصاحب ربا: أي باع ديناراً بدينارين وقبضهما فسرقا من يده، (ومستعير، ومستاجر، ومضارب، وقابض على سوم الشراء^(١))، ومُرْتَهِن، وبمخصومة المالك مَنْ سرق منهم).

اعلم أَنَّ الدَّعْوَى شرط لظهور السَّرْقَةِ، وقطع اليد، وإن كان من حقوق الله تعالى؛ لَأَنَّهُ لَا شَكَّ أَنَّ المسروقَ منه أعرف بحقيقة الحال من الشُّهُود، وكذا من السَّارِق المقرِّ به، إذ يمكن أن يكون ملكاً للسَّارِق بطريق الإرث، أو ملكاً لذي رحم محرم، وهو غير عالم به، ففي ترك المسروق منه الدَّعْوَى، وكذا في غيبته مظنة عدم وجوب القطع. أمَّا غيبة المزنَّة، وإن كان فيها توهم أنها لو كانت حاضرة ادَّعت أمراً يسقط الحد، فلا اعتبار به؛ لأنَّ المزنَّة راضية بالزَّنى، فتكون متَّهمة في دعوى ما يسقط الحد، فهذا هو الفرق الذي وعدَّته في «باب شهادة الزَّنا»^(٢).

لَمْ عَطَفَ عَلَى الضَّمِيرِ الْمُسْتَكْنِ^(٣) فِي قَوْلِهِ: وقطع؛ قَوْلُهُ: (لَا مَنْ سَرَقَ مِنْ سَارِقٍ قُطِعَ): أي لَا يَقْطَعُ بِطَلْبِ المَالِكِ وَالسَّارِقِ لَوْ سَرَقَ مِنْ سَارِقٍ بَعْدَ الْقَطْعِ لَمَّا سَيَّأَتِي مِنْ سَقُوطِ عَصَمَتِهِ^(٤).

(وَقُطِعَ عَبْدٌ أَقْرُ بِسَرْقَةٍ وَرُدَّتْ إِلَى مَالِكِهَا): هذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه من غير

تفصيل.

(١) أي مَنْ قبض المال على إرادة الشراء ولم يشتره، أو يعقد فاسد. ينظر: «العمدة» (٢: ٢٣٠)، و«المجمع

الأنهر» (١: ٦٢٤).

(٢) (ص ٢٠٦).

(٣) أي الضمير المستتر.

(٤) (ص ٢٣٤).

وعند زفر رحمه الله لا يقطع من غير تفصيل ؛ لأن إقرار العبد بالحدود والقصاص لا يصح عنده وإن كان مأذوناً ، فإن الإذن لم يتناولهما ، أمّا في ردّ المال ، فإن كان مأذوناً يصح ، فيردّ المال ، وإن كان محجوراً لا .
وأما عندهما فإن كان مأذوناً يقطع ويردّ المال .
وإن كان محجوراً ، فالمسروق إن كان هالكاً يصح إقراره ؛ لأن الواجب ليس إلا القطع ، وإقراره به صحيح .

وإن كان قائماً ، فعند أبي حنيفة رحمته يقطع ويردّ المسروق .
وعند أبي يوسف رحمته يقطع ولا يردّ المسروق .
وعند محمد رحمته لا يقطع ولا يردّ .

فنقول لزفر رحمته إن إقراره بما يوجب تلف نفسه أو أعضائه وإن كان يتضرر به المولى ، فهو غير متهم فيه ؛ لأن ضرره فوق ضرر المولى ، وإن تخالّج في صدرك أن خبث نفوس بعض المالكين يصل إلى غاية يؤثرون إهلاك نفوسهم ليتضرر به مواليتهم ، فذلك شيء نادر لا يصلح لأن يبنى عليه الأحكام .
ثم بعد ذلك الأصل عند محمد رحمته ردّ العين والقطع تبع له لشرطية الدّعى ، وثبوت^(١) المال بلا قطع من غير عكس ، وإقرار العبد المحجور بالمال لا يصح فلا يثبت تبعه ، وهو القطع .

قلنا : القطع ليس تبعاً لردّ العين ؛ لأن ردّ المال ضمان المحلّ ، والقطع جزاء الفعل .
فأبو يوسف رحمته لم يجعل أحدهما تبعاً للآخر ، فيعتبر إقراره في حق نفسه ، وهو القطع لا في حق المولى ، وهو ردّ المال .
وأبو حنيفة رحمته جعل الفعل أصلاً^(٢) ؛ لأن المحال كالشروط .

(١) عطف على شرطية يعني قد يثبت المال بدون القطع كما إذا شهد رجل وامرأتان بالسرقة أو أقر بها ، ثم رجع فإنه بضمن المال ولا يقطع كذا في «العناية» (٥ : ٤١١) .

(٢) بدليل أنه تسقط عصمة المال باعتبار القطع لما أن الضمان والقطع لا يجتمعان عندنا ، فسقط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على أن المال تبع ، فإنه لو كان أصلاً لما تغير حاله من حال الابتداء الذي هو التقوم على غير التقوم ، وبدليل أنه يستوفى بالقطع بعد استهلاك المال . ينظر : «عمدة الرعاية» (٢) : (٣٣٢) .

وما قطع به إن بقي ردّ، وإلا لا يضمن وإن أئلف، ولا يضمن من سرق مرّات، فقطع بكلّها، أو بعضها شيئاً منها، ولا قاطع يسار من أمير بقطع يمينه بسرقة ولو عمداً. وقطع من شقّ ما سرق في الدّار، ثمّ أخرجه، لا من سرق شاة، فذبحها، فأخرج (وما قطع به إن بقي ردّ، وإلا لا يضمن وإن أئلف)؛ إنما قال: وإن أئلف احترازاً عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنّه يجب الضّمان في الاستهلاك. وعند الشّافعي ^(١) رضي الله عنه يضمن في الهلاك والاستهلاك، فعنده القطع والضّمان يجتمعان؛ لأنّ الضّمان بناءً على عصمة المال.

ونحن نقول: بانتقال العصمة إلى الله تعالى، معناه: إن المال كان معصوماً حقاً للعبد، فإذا وردّ عليه السرقة، أوجب الشّارع الحدّ، وهو حقّ الشّرع، فالجناية وردت على حقّ الشّرع، ففي حالة السرقة صار المال معصوماً حقاً للشّرع، فلم يبق معصوماً لحقّ العبد، فلا يجب الضّمان.

(ولا يضمن من سرق مرّات، فقطع بكلّها، أو بعضها شيئاً منها)، المروق منهم إن حضروا حتى كان القطع للكلّ لا يضمن لأحد أصلاً، وإن حضر البعض حتى قطع لأجلهم، فكذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما يسقط ضمان من قطع لأجله. (ولا قاطع يسار من أمير بقطع يمينه بسرقة ولو عمداً ^(٢)). وقطع من شقّ ما سرق في الدّار، ثمّ أخرجه؛ وإنما يقطع إذا بلغ المشقوق نصاب السرقة.

وعند أبي يوسف رضي الله عنه لا يقطع؛ لأنّ الثّوب صار ملكاً للسّارق بسبب الحرق الفاحش.

لهما: إن الأخذ ليس سبباً للملك، وإنما نقول بالملك ضرورة أداء الضّمان؛ لئلا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد، ومثله لا يورث الشبهة. (لا من سرق شاة، فذبحها ^(٣))، فأخرج؛ لأنّ السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه.

(١) ينظر: «المنهاج» (٤: ١٧٧)، و«المحلي» (٤: ١٩٩)، و«تحفة الخبيب» (٤: ٢١١).

(٢) أي لا يضمن قاطع يسار من أمر القاضي بقطع يمينه بسرقة سواء كان عمداً أو خطأ؛ لأن بين السارق كانت مستحقة للإتلاف فقطع اليسرى فسلمت به اليمين، وتماه في «شرح ابن ملك» (ق ١٤٥/ب).

(٣) في ج و ص و ف: فذبحه، وفي ق: فذبح.

وَمَنْ جَعَلَ مَا سَرَقَ دِرَاهِمًا، أَوْ دَنَانِيرَ قَطَعَ وَرَدَّتْ، فَإِنْ حُرِّمَ فَقَطَعَ فَلَا رَدَّ وَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ سَوَّدَهُ رَدَّ.

باب قطع الطريق

مَنْ قَصَدَ مَعْصُومًا عَلَى مَعْصُومٍ، فَأَخَذَ قَبْلَ أَخْذِ شَيْءٍ وَقَتَلَ حُبْسًا حَتَّى يَتُوبَ
(وَمَنْ جَعَلَ مَا سَرَقَ دِرَاهِمًا، أَوْ دَنَانِيرَ قَطَعَ وَرَدَّتْ)^(١): هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله
وَأَمَّا عِنْدَهُمَا لَا يَجِبُ رَدُّهُمَا؛ لِأَنَّ الصَّنْعَةَ مَتَقَوِّمَةً عِنْدَهُمَا فَصَارَتْ شَيْئًا آخَرَ.
(فَإِنْ حُرِّمَ)^(٢) فَقَطَعَ فَلَا رَدَّ وَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ سَوَّدَهُ^(٣) (رَدَّ): أَيِ إِنْ سَرَقَ ثَوْبًا
وَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ فَقَطَعَ لَا يَجِبُ رَدُّ الثَّوبِ وَإِنْ هَلَكَ فَلَا ضَمَانَ.
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمته الله يُؤْخَذُ الثَّوبُ، وَيُعْطَى مَا زَادَ الصَّبْغُ^(٤).
وَإِنْ سَوَّدَهُ رَدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله؛ لَكُونَ السَّوَادُ نَقْصَانًا فَلَا يَنْقُطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ،
وَكَذَا مُحَمَّدٌ رحمته الله كَمَا فِي الْحُمْرَةِ، فَإِنَّ الصَّبْغَ لَا يَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ.
وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله لَا يَرُدُّ فَإِنَّ السَّوَادَ زِيَادَةً كَالْحُمْرَةِ،^(٥) فَيَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ^(٦).

باب قطع^(٧) الطريق

(مَنْ قَصَدَ^(٧) مَعْصُومًا عَلَى مَعْصُومٍ): أَيِ حَالِ كَوْنِ الْقَاصِدِ مَعْصُومًا: أَيِ
مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا، (فَأَخَذَ قَبْلَ أَخْذِ شَيْءٍ وَقَتَلَ حُبْسًا حَتَّى يَتُوبَ): أَيِ يَظْهَرُ فِيهِ سِيَمَاءُ
الصَّالِحِينَ.

(١) أَيِ لَوْ سَرَقَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً قَدَرِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ فَصَنَعَهُ دِرَاهِمًا أَوْ دَنَانِيرَ قَطَعَ وَرَدَّ الدِّرَاهِمَ وَالْدَنَانِيرَ إِلَى الْمُسْرُوقِ مِنْهُ. يَنْظُرُ: «التَّبْيِينُ» (٣: ٢٣٤).

(٢) فِي تَوْقٍ: حُمْرٍ.

(٣) فِي تَوْقٍ: سَوْدٍ. وَفِي فٍ: اسْوَدَّ.

(٤) لِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَهُوَ أَصْلُ وَالصَّبْغُ تَبِعُ فَكَانَ اعْتِبَارُ الْأَصْلِ أَوَّلِي، وَلِهَذَا أَنَّ الصَّبْغَ قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنَى وَحَقِّ صَاحِبِ الثَّوبِ قَائِمٌ صُورَةً لَا مَعْنَى لَزْوَالِ التَّقْوَمِ بِالْقَطْعِ. يَنْظُرُ: «دُرَرُ الْحُكَامِ» (٢: ٨٤).

(٥) زِيَادَةً مِنْ فٍ.

(٦) فِي مٍ: قَطَاعٍ.

(٧) فِي أَوْ بَوْجٍ وَصَوْسٍ: قَصْدِهِ.

وإن أخذ مالا نصيب لكل واحد منه نصاب السرقة قطع يده ورجله من خلاف.
وإن قتل بلا أخذ قتل حداً لا قصاصاً، فلا يعفوه ولي. وإن قتل وأخذ مالا قطع ثم قتل أو صلب، أو قتل، أو صلب حياً، ويبيع برمح حتى يموت، ويترك ثلاثة أيام. وما أخذه فتلف لا يضمن، ويقتل أحدهم حدوا

(وإن أخذ مالا نصيب^(١) لكل^(٢) واحد^(٣) منه نصاب السرقة قطع يده ورجله

من خلاف.

وإن قتل بلا أخذ قتل حداً^(٤) لا قصاصاً^(٥) : أي هذا القتل بطريق الحد لا بطريق القصاص، فذكر ثمة هذا بقوله : (فلا يعفوه ولي).

وإن قتل وأخذ مالا قطع ثم قتل أو صلب، أو قتل، أو صلب حياً، فقوله : أو قتل، عطف على قطع : أي إن شاء قطع ثم قتل أو صلب، وإن شاء قتل أو صلب حياً من غير قطع^(٦).

(ويبيع برمح حتى يموت) : البيع شق البطن، (ويترك ثلاثة أيام^(٧))
وما أخذه فتلف لا يضمن : أي إذا قتل قاطع الطريق فلا يجب ضمان ما تلف كما في السرقة الصغرى.

(ويقتل أحدهم حدوا) : أي إن باشر القتل أحدهم يجب الحد على الجميع.

(١) في أ وب و س و م : يصيب.

(٢) زيادة من أ وب و س.

(٣) زيادة من ب و ج و س و م.

(٤) أي خير الإمام بين ست أحوال إن شاء :

الأولى : القطع من خلاف ثم القتل.

الثانية : القطع ثم الصلب حياً.

الثالثة : القطع ثم القتل ثم الصلب.

الرابعة : القتل ثم الصلب.

الخامسة : القتل فقط.

السادسة : الصلب فقط حياً. ينظر : « الدر المختار » (٣ : ٢١٣).

(٥) أي من وقت موته يخلى بينه وبين أهله ليدفونه، وعن أبي يوسف ❦ يترك حتى يسقط عبرة يطر

« بجمع الأنهر » (١ : ٦٣٠).

وحجرٌ وعصا لهم كسيف. فإن جرحَ وأخذَ قُطِعَ وهُدِرَ جرحُه. وإن جرحَ فقط، أو قتلَ عمداً فتاب، أو كان منهم غيرُ مكلف، أو ذو رحمٍ مَحْرَمٍ من المارة، أو قطعَ بعضُ المارةِ على البعض، أو قطعَ الطريقَ ليلاً أو نهاراً في مصر أو بين مصرين، فلا حدَّ، وللوليِّ قودُه، أو أرشُه، أو عفوه

(وحجرٌ وعصا لهم كسيف^(١)).

فإن جرحَ وأخذَ قُطِعَ وهُدِرَ جرحُه^(٢).

وإن جرحَ فقط، أو قتلَ عمداً فتاب: أي تابَ قبل أن يؤخذ، (أو كان منهم غيرُ مكلف^(٣)، أو ذو رحمٍ مَحْرَمٍ من المارة^(٤)، أو قطعَ بعضُ المارةِ على البعض^(٥)، أو قطعَ الطريقَ ليلاً أو نهاراً في مصر^(٦) أو بين مصرين، فلا حدَّ، وللوليِّ قودُه، أو أرشُه، أو عفوه^(٧)): أي في الصُّور المذكورة لا يجبُ الحدَّ، بل إن كان القتلُ عمداً، فللوليِّ القود، وإن كان غيرُ عمدٍ فالدِّية، ويكونُ للوليِّ العفو.

وعند أبي يوسف رحمته الله إذا كان بعضهم غيرَ مكلف: أي صبيّاً، أو مجنوناً، فبأشَرِ العقلاء يحدُّ الباقيون.

(١) لأن قطع الطريق يحصل بالقتل بأي آلة كانت بل بمجرد أخذ المال أو الإخافة. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٨٥).

(٢) لأنه لما وجب الحدُّ حقاً لله تعالى واستوفي بقطع اليد والرجل سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال. ينظر: «رمز الحقائق» (١: ٣٠٤).

(٣) لا يحدون؛ لأنها جناية واحدة قامت بالكل، فإذا لم يقع فعل بعضهم كان فعل الباقيين بعض العلة، وبه لا يثبت الحكم. ينظر: «الهداية» (٢: ١٣٤).

(٤) فلا يحدون؛ لأن القافلة كالحُرز فقد حصل الخلل في الحرز في حقهم فسقط الحد، وسواء كان المال المأخوذ مشتركاً بين من قطع عليهم الطريق أو غير مشترك، وهو الصحيح. ينظر: «رمز الحقائق» (١: ٣٠٤).

(٥) لأن الحرز واحد فصاره القافلة كدار واحدة. ينظر: «الهداية» (٢: ١٣٤).

(٦) في ب و ت و ج و س و م: بمصر.

(٧) أي إذا لم يجب الحد لم يصيروا قطعاً فيضمنون ما فعلوا من قتل عمد أو شبه عمد أو خطأ أو جراحة ورد المال لو قائماً وقيمته لو هالكا أو مستهلكا، فتقييده بالقود يعلم منه حكم المال بالأولى، أو براد بالأرض ما يشمل ضمان المال، والمراد بالولي من له ولاية المطالبة فيشمل صاحب المال، ويشمل المجرع أيضاً في أولى المسائل المذكورة. ينظر: «رد المحتار» (٣: ٢١٤).

وفي الخنق دية، ومن اعتادة قتل به سياسة

أمّا في المصر أو بين المصرين إذا كان قريتين كالكوفة والحيرة^(١)، بحيث يلحقه الغوث غالباً، ففيه خلاف الشافعي^(٢) .
وعند أبي يوسف^(٣) إذا قاتلوا نهاراً بالسلاح حدوا، وكذا في الليل سواء كان بالسلاح أو غيره.

(وفي الخنق دية، ومن اعتادة قتل به سياسة) : الخنق من صور القتل بالثقل، وفيه القصاص عند غير أبي حنيفة^(٤) . "والله أعلم".



(١) الحيرة: وهي التي كان يسكنها النعمان بن المنذر، وهي أول منازل الكوفة، وقال تاج الشريعة: الحيرة بكسر الحاء مدينة على رأس ميل من الكوفة. ينظر: «البنية» (٥: ٦٤٠).

(٢) أي حيث يلحق غوث يمنع شوكتهم لو استغاثوا ليسوا بقطاع، بل منتهون، وفقد الغوث يكون للبعد عن العمران أو السلطان أو لضعف أهل العمران أو بالسلطان أو بغيرهما كان دخل جمع داراً وشهروا السلاح ومنعوا أهلها من الاستغاثة فهم قطاع في حقهم وإن كانوا بحضرة السلطان وقوته. ينظر: «تحفة المحتاج» (٩: ١٥٨)، و«التبیه» (ص ١٥٠)، و«مغني المحتاج» (٤: ١٨١)، وغيرها.

(٣) زيادة من ص.

كتاب الجهاد

هو فرض كفاية بذءاً، إن قام به البعض سقط عن الباقي، فإن تركوا أثموا إلا على صبي، وعبد، وامرأة، وأعمى، ومقعد، وأقطع. وفرض عين إن هجموا، فتخرج المرأة، والعبد بلا إذن، وكرة الجغل مع فيء وبدونه لا

كتاب الجهاد

(هو فرض كفاية بذءاً)^(١) : أي ابتداءً، وهو أن يتبدأ المسلمون بمحاربة الكفار، (إن قام به البعض سقط عن الباقي، فإن تركوا أثموا إلا على صبي، وعبد، وامرأة، وأعمى، ومقعد، وأقطع.

وفرض عين إن هجموا، فتخرج المرأة، والعبد بلا إذن) ؛ فإنه إذا هجم الكفار على ثغر من الثغور يصير فرض عين على من كان يقرب منه ، وهم يقدرون على الجهاد.

وأما على من ورائهم ، فإذا بلغ الخبر إليهم يصير فرض عين عليهم إذا احتيج إليهم ، بأن خيف على من كان يقرب منهم ، بأنهم عاجزون عن المقاومة ، أو بأن لم يعجزوا ، ولكن تكاسلوا ، ثم ولثم إلى أن يصير فرض عين على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً.

وهذا نظير صلاة الجنائز تصير فرضاً على جيرانه دون من هو بعيد عن الميت ، فإن قام بها الأقربون ، أو بعضهم سقط عن الكل ، وإن بلغ إلى الأبعد أن الأقربين ضيعوا حقه ، فعلى الأبعد أن يقوم بها ، فإن ترك الكل ، فكل من بلغ إليه خبر موته يصير آثماً.

(وكرة الجغل مع فيء وبدونه لا) : الجغل ما يجعل للعامل على عمله ، والمراد أنه إذا كان في بيت المال شيء لا يجعل الإمام على أرباب الأموال شيئاً من غير طيب أنفسهم ؛ ليتقوى به الغزاة ، أما إذا لم يكن فيه شيء ، فيفعل ذلك.

(١) وليس بطوع أصلاً هو الصحيح ، فيجب على الإمام أن يبعث سرية إلى دار الحرب كل سنة مرة أو مرتين ، وعلى الرعية إعانتة إلا إذا أخذ الخراج فإن لم يبعث كان كل الإثم عليه ، وهذا إذا غلب على ظنه أنه يكافئهم ، وإلا فلا يباح قتالهم بخلاف الأمر بالمعروف . ينظر : «الدر المنثور» (١ : ٦٣٢).

لباب في كيفية القتال

فإن حوصروا دعوا إلى الإسلام، فإن أبو، فإلى الجزية، فإن قبلوا، فلهم ما لنا، وعليهم ما علينا

لباب في كيفية القتال

(فإن حوصروا): أي الكفار بأن حاصرهم المسلمون، (دعوا إلى الإسلام، فإن أبو، فإلى الجزية، فإن قبلوا، فلهم ما لنا، وعليهم ما علينا)، اعلم أنه لا يراد هذا الحكم على العموم، حتى يدل على أنه يجب عليهم من العبادات أو غيرها ما يجب علينا؛ لأن الكفار لا يخاطبون بالعبادات^(١) عندنا^(٢)، وأما عند من يقول بأنهم يخاطبون^(٣)، فالذمي وغيره في ذلك سواء.

وعند قبول الجزية لا تأمرهم بالعبادات، كما تأمر المسلمين، بل يراد أنه يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم إذا تعرضنا لدمايتهم وأموالهم، أو تعرضوا لدمائنا وأموالنا ما يجب لبعضنا على بعض عند التعرض؛ وذلك لأن قبل قبول الجزية كنا نتعرض لدمايتهم وأموالهم، وكانوا يتعرضون لدمائنا وأموالنا، فقبول الجزية ليس إلا لزوال هذا التعرض، يؤيد ذلك أنهم جعلوا الدليل على هذا الحكم قول علي^(٤) «إنا بذلوا

(١) معنى أن الكفار يخاطبون بالعبادات أنه يضاعف لهم العذاب بها يوم القيامة، وهذا معنى: أنهم مأمورون بها، وليس أنهم مأمورون بأدائها في الدنيا. ينظر: «فوائح الرحموت» (١: ١٢٨ - ١٣٢)، و«المعتمد» (١: ٢٩٤ - ٣٠٠)، و«نهاية السؤل مع حاشيته» (١: ٣٦٩ - ٣٨٣)، و«الوجيز» (ص ٦١).

(٢) أي عند البخاريين وبعض مشايخ سمرقند من الحنفية، فهو مذهب جمهور الحنفية، والاسفراييني وعبد الجبار وقال ابن كج: إنه ظاهر مذهب الشافعي، وقال الايباري: إنه ظاهر مذهب مالك، واختاره ابن خوزيم من المالكية. ينظر: «الميزان» (١: ٣٠٨)، و«حاشية نهاية السؤل» (١: ٣٧٠)، و«فوائح الرحموت» (١: ١٢٨ - ١٢٩)، وغيرهم.

(٣) وهو قول عامة أهل الحديث والمعتزلة وقول مشايخ العراق من الحنفية والغزالي، وقال في «البرهان»: إنه ظاهر مذهب الشافعي. ينظر: «الميزان» (١: ٣٠٧)، و«المستصفى» (٢: ٧٨)، وغيرها.

(٤) قال صاحب «نصب الراية» (٣: ٣٨١): غريب، ولكنه أخرج عن علي^(٥) بلفظ: من كان له ذمتنا فدمه كدمتنا ودينه كديتنا، في «سنن الدارقطني» (٣: ١٤٧)، و«سنن البيهقي الكبير» (٨: ٣٤)، و«مسند الشافعي» (ص ٣٤٤).

ولا يقاثل مَنْ لم تبلغه الدعوة وتُدبَّت لَمَن بلغته فإن أبوا، حوربوا بمنجنيق، وتحريق، وتغريق، ورمي، ولو معهم مسلم وتترسوا به بنيّتهم لا بنيّته، وقطع شجر، وإفساد زرع بلا عذر، وغلول، ومثلة

الجزية ؛ ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا.

(ولا يقاثل مَنْ لم تبلغه الدعوة وتُدبَّت) : أي الدعوة : أي تُدبّ تجديد الدعوة (لَمَن بلغته فإن أبوا) : أي عن الجزية ، (حوربوا بمنجنيق، وتحريق، وتغريق، ورمي، ولو معهم مسلم وتترسوا به بنيّتهم لا بنيّته، وقطع شجر، وإفساد زرع بلا عذر، وغلول، ومثلة).

قال في "الهداية" : الغدر : الخيانة ونقض العهد^(١).

وقد قال ﷺ : "الحرب خدعة"^(٢) ، فيشبهه على الناس التفرقة بين الغدر وبين خدعة الحرب.

فأقول : ما دام الحرب قائمة لا يحرم الخداع ، بأن نريهم أننا لا نحاربهم في هذا اليوم حتّى آمنوا فنحاربهم فيه ، أو نذهب إلى صوب آخر حتّى غفلوا فنأتيهم بيّانا ونحو ذلك ، بخلاف ما إذا جرى بيننا وبينهم قرار على أن لا نتحارب في هذا اليوم حتّى آمنوا ، فإنّه لا تجوز المحاربة ؛ لأنّ هذا استئمان وعهد ، فالمحاربة نقض العهد ، وهذا ليس من خداع الحرب ، بل خداع في حال السلم ، فيكون غدرا.

والغلول : السرقة من المغنم.

والمثلة اسم من مثل به يُمثل مثلاً ، كَقَتَلَ يُقْتَلُ قَتْلًا : أي نكّل به : معناه جعله نكالا وعبرة لغيره ، مثل : قطع الأعضاء ، وتسويد الوجه ، يقال : مثل بالقتيل : أي قطع أنفه ، ومثلة العرنيين^(٣) نسخت بقوله ﷺ : "لَا تَغْلُوا وَلَا تَغْدِرُوا وَلَا تُمَثِّلُوا"^(٤).

(١) انتهى من «الهداية» (٢ : ١٣٧).

(٢) في «صحيح البخاري» (٣ : ١٣٢١) ، و«صحيح مسلم» (٢ : ٧٤٦) ، وغيرهما.

(٣) حديث العرنيين هو : عن أنس ﷺ : (إن ناسا من عرية قدموا على رسول الله ﷺ المدينة فاحتووه .

فقال لهم رسول الله ﷺ : إن شتم أن تخرجوا إلى إبل الصدقة فتشربوا من ألبانها وأبوالها فمعلنوا

فصحوا ، ثم مالوا على الرعاة فقتلوه وارتدوا عن الإسلام وساقوا ذود رسول الله ﷺ فبلغ ذلك

النبي ﷺ فبعث في إثرهم فأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم في الحرة حتى ماتوا)

في «صحيح البخاري» (٦ : ٢٤٩٥) ، و«صحيح مسلم» (٣ : ١٢٩٦) ، واللفظه له ، وغيرهما

(٤) في «صحيح مسلم» (٣ : ١٣٥٧) ، و«جامع الترمذي» (٤ : ٢٢) ، و«صحيح ابن حبان» (١١ : ٤٢).

وقتل غير مكلف، وشيخ فان، وأعمى، ومقعد، وامرأة إلا ملكة، أو مقاتلاً منهم، أو ذا مال يحث به، أو ذا رأي في الحرب. وأب كافر بذءاً فيقتله غير ابنه، وإخراج مصحف وامرأة إلا في جيش يؤمن عليهم.

[باب الموادعة ومن يجوز أمانه]

وصولحوا إن كان خيراً، ويؤخذ منهم مال إن لنا به حاجة، وتبذ إن هو أنفع فقتلوا، وقبل تبذ لو خانوا بذءاً

وفي المثلة تغيير خلق الله تعالى فتحرم.

(وقتل غير مكلف، وشيخ فان، وأعمى، ومقعد، وامرأة إلا ملكة، أو مقاتلاً منهم، أو ذا مال يحث به، أو ذا رأي في الحرب^(١)).

وأب كافر بذءاً فيقتله غير ابنه): أي لا يقتل الابن الأب الكافر ابتداءً، وهو احتراز عما إذا قصد الأب قتله، بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله، فإنه لا بأس بقتله.

وقوله: فيقتله؛ بالنصب: أي لأن يقتله غيره، فالفعل المضارع يتصب بأن مقدرة بعد الفاء إذا كان ما قبلها سبباً لما بعدها: أي بعد عدّة أشياء منها التّفي^(٢)، فينبغي أن يصير عدم قتل الابن أباه سبباً؛ لقتل غير الابن أباه بأن يشغله ويلبسه؛ ليجيء آخر فيقتله.

(وإخراج مصحف وامرأة إلا في جيش يؤمن عليهم.

[باب الموادعة ومن يجوز أمانه]

وصولحوا إن كان^(٣) خيراً، ويؤخذ منهم مال إن لنا به حاجة، وتبذ إن هو أنفع فقتلوا): لفظ: كان مضمراً في قوله: إن خيراً، وإن لنا به حاجة، وتبذ إن هو أنفع، التبذ نقض المصالحة مع إخبارهم بذلك. (وقبل تبذ لو خانوا بذءاً): أي قوتلوا قبل تبذ إن بدأوا بالخيانة.

(١) هذه الصفات راجعة على غير المكلف والشيخ والأعمى والمقعد، وتفصيله في «المحيط» (ص ٦٣).

(٢) أي التّفي المحض، وأيضاً الطلب بالفعل، وهو يشمل: الأمر، والنهي، والتحضيض، والتعني.

والترجي، والاستفهام، والعرض. ينظر: «شرح قطر الندى» (ص ٧١ - ٧٦)، وغيره.

(٣) زيادة من ق.

وصوليح المرتد بلا مال، ولا رد إن أخذنا، ولا يباع سلاح، وخيل، وحديد منهم، ولو بعد صلح. وصح أمان حر وحرّة، فإن كان شراً ثبته وأدب. ولغا أمان اللّمي، وأسير، وتاجر معهم، ومن أسلم ثمة ولم يهاجر إلينا، وصبي وعبد إلا مأذونين ومجنون.

باب المغنم وقسمته

قسم الإمام بين الجيش ما فتح غنوة، أو أقر أهله عليه بجزية وخراج

(وصوليح المرتد^(١) بلا مال، ولا رد إن أخذنا) : يعني يجوز لنا أن نصالح المرتد، ولا نعجل في قتله ؛ لأن إسلامه مرجو، لكن لا نأخذ منه شيئاً ؛ لأنه يكون جزية، ولا يجوز أخذ الجزية من المرتد، لكن لو أخذنا لا نرد إليه ؛ لأنه مال غير معصوم.

(ولا يباع سلاح، وخيل، وحديد منهم، ولو بعد صلح^(٢).)

وصح أمان حر وحرّة^(٣)، فإن كان شراً ثبته وأدب^(٤).

ولغا أمان اللّمي، وأسير، وتاجر معهم، ومن أسلم ثمة ولم يهاجر إلينا^(٥)، وصبي وعبد إلا مأذونين ومجنون) : المراد بالأسير: مسلم أسير في يد الكفار، وبالتاجر: تاجر مسلم معهم. "والله تعالى أعلم".

باب المغنم وقسمته

(قسم الإمام بين الجيش ما فتح غنوة^(٦))، أو أقر أهله عليه بجزية وخراج.

(١) أي المرتدون فلا بأس بموادعتهم، ومعلوم أن ذلك إذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب والأفلا ؛ لأن فيه تقرير المرتد على الردة، وذلك لا يجوز. ينظر: «الفتح» (٥ : ٤٥٩).

(٢) لأن الصلح على شرف التقض أو الانقضاء، ولا يمنع أحد من إدخال الطعام والثياب بلادهم. ينظر: «فتح باب العناية» (٣ : ٢٧٠).

(٣) أي من المسلمين كافراً أو كفاراً أو أهل حصن أو مدينة حتى لم يجر لأحد من المسلمين قتلهم. ينظر: «درر الحكام» (١ : ٢٨٥).

(٤) أي الإمام معطي الأمان.

(٥) لأنهما مهزوران تحت أيديهم فلا يخافونهم والأمان يختص بمحل الخوف. ينظر: «مجمع الأنهر» (١ : ٦٣٩).

(٦) زيادة من ت وف.

(٧) غنوة: أي قهراً وقسراً على وجه غناء أهلها. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٨٦).

وقتل الأسرى، أو استرقهم، أو تركهم أحراراً ذمة لنا، ونفي منهم وفداؤهم. وردهم إلى دارهم، وعقر دابة يشق نقلها وذبحت وحرقت، وقسمة مغنم ثمة إلا إيداعاً فیرد هاهنا فيقسم، والرّده ومدد لحقهم ثمة كمقاتل فيه

قوله: أو أقر عطف على قوله: قسم الإمام.

ثم عطف على أحد الأمرين، وهو قسم، أو أقر قوله: (وقتل الأسرى، أو استرقهم، أو تركهم أحراراً ذمة لنا): أي ليكونوا أهل ذمة لنا. (ونفي منهم وفداؤهم).

المن: أن يترك الأسير الكافر من غير أن يؤخذ منه شيئاً. والفداء: أن يترك ويأخذ منه مالاً، أو أسيراً مسلماً منهم في مقابلته. ففي المن خلاف الشافعي^(١).

وأما الفداء فقبل أن تضع الحرب أوزارها يجوز بالمال لا بالأسير المسلم، وبعده لا يجوز بالمال بإجماع علمائنا، وبالنفس لا يجوز عند أبي حنيفة^(٢)، ويجوز عند محمد^(٣)، وعن أبي يوسف^(٤) روايتان، وعند الشافعي^(٥) يجوز مطلقاً. (وردهم إلى دارهم^(٦))، وعقر دابة يشق نقلها وذبحت وحرقت^(٧)، وقسمة مغنم ثمة إلا إيداعاً فیرد هاهنا فيقسم^(٨) والرّده^(٩) ومدد لحقهم ثمة كمقاتل فيه: أي في المغنم.

(١) ينظر: «المنهاج» (٤: ٢٢٨)، و«تحفة المحتاج» (٩: ٢٤٧)، و«فتوحات الوهاب» (٥: ١٩٧)، وغيرها.

(٢) ينظر: «التجريد لنفع العبيد» (٤: ٢٥٧)، و«مغني المحتاج» (٤: ٢٢٨)، و«نهاية المحتاج» (٨: ٦٨)، وغيرها.

(٣) أي لا يجوز أن يرد الأسرى إلى دارهم؛ لأن فيه تقويتهم. ينظر: «شرح ملا مسكين» (ص ١٦٧).

(٤) أي إذا أراد الإمام العود إلى دار الإسلام ومعه مواش ولم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام لا يعفوها، ولكن تذبح وتحرق؛ لأن الذبح جاز لمصلحة وإلحاق الغنم بهم من أقوى المصالح، والحرق لئلا ينفع بها الكفار فصار كتحريب البنيان وقطع الأشجار، ولا تحرق قبل الذبح إذ لا يعذب بالنار إلا ربه، ويحرق الأسلحة أيضاً وما لا يحرق كالحديد يدفن. ينظر: «درر الحكام» (١: ٢٨٦).

(٥) وصورتها: أن لا يكون لإمام من بيت المال ما يحمل عليه الغنمة، فيقسمها بين الغالمين ليحملوها إلى دار الإسلام، ثم يجمعها. ينظر: «فتح باب العناية» (٣: ٢٧٧).

(٦) الرّده: العون. ينظر: «المغرب» (ص ١٨٧ - ١٨٨).

لا سُوقِيْ لم يقاتل. ولا مَنْ ماتَ ثَمَّةً، ويورثُ قسْطُ مَنْ ماتَ هنا. وحلُّ لنا ثَمَّةً طعام، وعلف، وحطب، ودهن، وسلاح به حاجة بلا قسمة، لا بعد الخروج منها، ولا بيعها وتمولُّها، وردُّ الفضل إلى المغنم. وَمَنْ أسْلَمَ ثَمَّةً عَصَمَ نَفْسَهُ وَطِفْلَهُ، ومالاً معه أو أودعَه معصوماً، لا ولَدَهُ كَبِيراً، وعِرسَهُ وحملَها، وعقارَه، وعبدَه مقاتلاً، ومالَه

(لا سُوقِيْ^(١)) لم يقاتل.

ولا مَنْ ماتَ ثَمَّةً؛ لَأَنَّهُ بالإحرازِ يصيرُ ملكاً لنا، وعند الشَّافِعِيِّ^(٢) يَصِيرُ ملكاً باستقرارِ هزيمةِ الكفار، فَمَنْ ماتَ بعدَ ذلك يورثُ نَصيبُهُ، (ويورثُ قسْطُ مَنْ ماتَ هنا^(٣)).

وحلُّ لنا ثَمَّةً طعام، وعلف، وحطب، ودهن^(٤)، وسلاح به حاجة بلا قسمة، لا بعد الخروج منها^(٥)، ولا بيعها وتمولُّها، وردُّ الفضل إلى المغنم. وَمَنْ أسْلَمَ ثَمَّةً^(٦) عَصَمَ نَفْسَهُ وَطِفْلَهُ؛ لَأَنَّهُ صارَ مسلماً تبعاً، (ومالاً معه أو أودعَه معصوماً) : أي مالاً وضعَه أمانةً عند مسلم، أو ذمي.

(لا ولَدَهُ كَبِيراً، وعِرسَهُ وحملَها^(٧)، وعقارَه)؛ لَأَنَّ العقارَ من جملةِ دارِ الحرب، وهو في يدِ أهلِ الدَّارِ، ففيه خلافُ الشَّافِعِيِّ^(٨)، (وعبدَه مقاتلاً^(٩)، ومالَه

(١) السُّوقِي هو الخارج مع العسكر للتجارة؛ لأنهم لم يجاوزوا على قصد القتال، فانعدم السبب فيعتبر السبب الحقيقي وهو قصد القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارساً أو راجلاً. ينظر: «اللباب» (٤: ١٢٥).

(٢) ينظر: «المحلي» (٣: ١٩٥)، و«فتوحات الوهاب» (٤: ٩٣)، و«تحفة الحبيب» (٤: ٢٦٦)، وغيرها. (٣) أي لا نصيب لمن مات من الغنائم في دار العرب، ويورث من مات في دار الإسلام؛ لأن الإرث باعتبار الملك، والملك إنما يثبت بعد الإحراز بدارنا. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق١/١٤٨).

(٤) أي يتنفع بها سواء وجد الاحتياج أم لا. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٦٤٣). (٥) أي من دار الحرب؛ لزوال المبيع ولتأكد حق الغنائم فيه فلا يحل الانتفاع إلا برضاهم. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٣٥٠).

(٦) احتراز به عن أسلم في دارنا وكان أهله وولده الصغير والكبير وجميع أمواله، فإن الكل يكون في. ينظر: «جامع الرموز» (٢: ٣١٧).

(٧) لأنه جزؤها فيسترق برفقها. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٦٥٤).

(٨) ينظر: «المهذب» (٥: ٢٧٢)، و«فتح المعين» (ص ١٤٠)، و«الإقناع» (٢: ٢١٣)، وغيرها. (٩) لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعاً لأهل دارهم وما كان غصباً في يد حربي أو ودعة في يد مدني، لأن يده ليست بمحترمة، وكذلك إذا كان في يد مسلم أو ذمي غصباً عند أبي حنيفة. ينظر: «التبيين» (٣: ٢٥٣).

مع حربي بغصب، أو ودیعة. وللفارسی سهمان، وللراجل سهم ويعتبر وقت المجاوزة، فمن دخل دارهم فارساً فنفق فرسه، فله سهمان: سهم فارس، ومن دخلها راجلاً فشرى فارساً، فله سهم راجل، ولا يسهم إلا لفرس. ولا لعبد، وصي، وامرأة، وذمي، ورضخ لهم، والخمس للمسكين، واليتيم، وابن السبيل، وقدم فقراء ذوی القربى عليهم ولا شيء لغيرهم، وذكر الله تعالى للتبرك، وسهم النبي ﷺ سقط بموته

مع حربي بغصب، أو ودیعة.

^(١) وللفارسی سهمان، وللراجل سهم ويعتبر وقت المجاوزة: أي يعتبر لاستحقاق سهم الفارس والراجل وقت مجاوزة الدرب^(٢)، وهو الباب الواسع على السكة، والمضيّق من مضائق الروم، والمراد هاهنا مدخل دار الحرب، وعند الشافعي^(٣) يعتبر وقت شهود الواقعة.

(فمن دخل دارهم فارساً فنفق فرسه): أي مات فشهد الواقعة راجلاً، فله سهمان: سهم فارس، ومن دخلها راجلاً فشرى فارساً، فله سهم راجل، هذا عندنا، أما عند الشافعي^(٤) فعلى العكس، وسهم الفارس عنده أربعة أسهم. (ولا يسهم إلا لفرس): أي فرس واحد، فعلم من هذا أنه لا يسهم للبغل والراحلة^(٥).

(ولا لعبد، وصي، وامرأة، وذمي، ورضخ لهم)، الرضخ: إعطاء القليل، والمراد هاهنا أقل من سهم الغنيمة.

(والخمس للمسكين، واليتيم، وابن السبيل، وقدم فقراء ذوی القربى عليهم ولا شيء لغيرهم، وذكر الله تعالى للتبرك^(٦))، وسهم النبي ﷺ سقط بموته

(١) زيادة من م.

(٢) الدرب: الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب، وقيل: هو البرج الحاجز بين الدارين بحيث لو جاوزه اهل الحرب دخلوا دار الاسلام وبالعكس. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٣٥٠).

(٣) ينظر: «الأم» (٧: ٣٥٤)، و«البهجة المرضية» (٥: ١٢٦)، و«نهاية المحتاج» (٦: ١٤٨)، وغيرها.

(٤) ينظر: «الأم» (٧: ٣٥٦)، و«غاية الاختصار» (٢: ١٢٩)، و«المحلي» (٣: ١٩٥)، وغيرها، وفيها: أن للفارس ثلاثة أسهم لا أربعة كما وقع في بعض النسخ من «شرح الوقاية» بـ «ثبته عليه اللكنوي في (العمدة)» (٢: ٣٥١).

(٥) الراحلة: الإبل التي يرحل عليها وتركب ذكراً كان أو أنثى. ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٣٥٢).

(٦) في ت وج وف وق: وذكره.

(٧) أي في قوله عز وجل: ﴿فَإِنَّ لَهُ حُكْمَهُ﴾.

كالصفي

كالصفي^(١)، هذا عندنا.

أما عند الشافعي^(٢) فيقسم على خمسة أسهم: سهم الرسول عليه السلام للخليفة.

وعندنا سقط بموته كما سقط الصفي، فإنه كان للنبي ﷺ أن يصطفي لنفسه شيئاً من الغنيمة^(٣).

وسهم ذوي القربى لهم: أي لبني هاشم وبني المطلب.

اعلم أن النبي ﷺ هو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف، وكان لعبد مناف أربعة بنين: هاشم، والمطلب، وعبد شمس، ونوفل، ولما قسم رسول الله ﷺ غنائم خيبر، قسم خمس ذوي القربى بين بني هاشم، وبني المطلب، وكان عثمان بن عفان من أولاد عبد شمس، وجبير بن مطعم من أولاد نوفل، فكلما رسول الله ﷺ فقال: لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله فيهم، ولكن نحن وأصحابنا من بني المطلب إليك في النسب سواء فما بالك أعطيتهم وحرمتنا، فقال ﷺ: «إنهم لم يفارقوني في الجاهلية ولا في الإسلام، وشبك بين أصابعه»^(٤)، فالشافعي^(٥) يقسّمه كما قسم النبي ﷺ.

ونحن نقول له: علّل رسول الله ﷺ بصحبته ونصرتهم إياه، فلم يبق بوفاته ﷺ،

(١) وهو ما كان رسول الله ﷺ يصطفيه لنفسه من الغنيمة ويستعين به على أمور المسلمين. ينظر: «درر الحكام» (١: ٢٨٩).

(٢) عند الشافعي ﷺ: لا يسقط سهم الرسول بوفاته، بل يصرف لمصالح المسلمين كسد الثغور. ينظر: «كفاية الأخيار» (٢: ١٣١)، و«الإقناع» (٢: ٢١٩).

(٣) ينظر: «شرح معاني الآثار» (٣: ٣٠٢)، وفي «السنة للخلال» (١: ٢٠١): إسناده صحيح.

(٤) في «سنن النسائي» (٣: ٤٥)، و«المجتبى» (٧: ١٣٠)، و«مسند أحمد» (٤: ٨١)، و«مسند الزوار» (٨: ٣٣٠)، و«المعجم الكبير» (٢: ١٤٠)، و«السنة للمرزوي» (١: ٥٠)، وأصله في البخاري، وينظر: «المراية» (٢: ١٢٦).

(٥) ينظر: «كفاية الأخيار» (٢: ١٣١)، و«الإقناع» (٢: ٢١٩)، وغيرهما.

وَمَنْ دَخَلَ دَارَهُمْ، فَأَغَارَ خُمْسَ الْإِثْمِ لَا مَنَعَةَ لَهُ، وَلَا إِذْنَ، وَلِلْإِمَامِ أَنْ يَنْفِلَ
وَقْتَ الْقِتَالِ حَتَّى، فَيَقُولَ: مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ، أَوْ لِسَرِيَّةٍ جَعَلْتَ لَكُمْ الرُّبْعَ بَعْدَ
الْخُمْسِ، لَا بَعْدَ الْإِحْرَازِ هَاهُنَا، إِلَّا مِنَ الْخُمْسِ. وَسَلْبُهُ مَا مَعَهُ حَتَّى مَرْكَبِهِ وَمَا
عَلَيْهِ، وَهُوَ لِلْكَلِّ إِنْ لَمْ يَنْفِلْ

فَيَسْتَحِقُّونَ بَعْدَ وَفَاتِهِ ﷺ بِالْفَقْرِ، حَيْثُ قَالَ ﷺ: «وَعَوَّضَكُمْ مِنْهَا بِخُمْسِ الْخُمْسِ»^(١)،
وَلَمَّا كَانَ عَوَضًا عَنِ الزَّكَاةِ يَسْتَحِقُّهُ مَنْ يَسْتَحِقُّ الزَّكَاةَ، وَقَدْ نُقِلَ أَنَّ الْخُلَفَاءَ الرَّاشِدِينَ
كَانُوا يَقْسِمُونَ عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَا، وَكَانَ عَمْرُو ﷺ يُعْطِي فَقَرَاءَهُمْ.

(وَمَنْ دَخَلَ دَارَهُمْ، فَأَغَارَ خُمْسَ^(٢) إِلَّا مَنْ لَا مَنَعَةَ لَهُ، وَلَا إِذْنَ؛ لِأَنَّ
الْخُمْسَ إِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنَ الْغَنِيمَةِ، وَالْغَنِيمَةُ مَا أُخِذَ^(٣) مِنَ الْكُفَّارِ قَهْرًا، وَهَذَا بِالْمَنَعَةِ، فَإِنْ
لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنَعَةٌ، لَكِنْ وَجِدَ إِذْنَ الْإِمَامِ فَهُوَ فِي حَكْمِ الْمَنَعَةِ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ بِالْإِذْنِ التَّزَمَ
نَصْرَتَهُ.

(وَلِلْإِمَامِ أَنْ يَنْفِلَ وَقْتَ الْقِتَالِ حَتَّى، فَيَقُولَ: مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ): التَّنْفِيلُ
إِعْطَاءُ شَيْءٍ زَائِدٍ عَلَى سَهْمِ الْغَنِيمَةِ، وَالتَّرْكِيْبُ^(٤) يَدُلُّ عَلَى الزِّيَادَةِ، قَوْلُهُ: مَنْ قَتَلَ
قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ؛ سَمَاءٌ قَتِيلًا لِقَرِيهِ إِلَى الْقَتْلِ.

(أَوْ لِسَرِيَّةٍ جَعَلْتَ لَكُمْ الرُّبْعَ بَعْدَ الْخُمْسِ): أَيُّ بَعْدَ مَا رُفِعَ الْخُمْسُ جَعَلْتَ لَكُمْ
رُبْعَ الْبَاقِي، أَوْ ثُلُثَهُ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ، (لَا بَعْدَ الْإِحْرَازِ هَاهُنَا): أَيُّ بَدَارِ الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّهُ
حِينَئِذٍ صَارَ مُلْكًا لِلْغَانِمِينَ (إِلَّا مِنَ الْخُمْسِ^(٥)).

وسلبه ما معه حتى مركبه وما عليه، وهو للكل إن لم ينفل) خلافاً

(١) روي بلفظ: فقال النبي الله ﷺ: «لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَهْلُ الْبَيْتِ مِنَ الصَّدَقَاتِ شَيْءٌ وَلَا غَسَالَةُ أَيْدِي النَّاسِ
إِنْ لَكُمْ فِي خُمْسِ الْخُمْسِ لَمْ يَغْنِيَكُمْ أَوْ يَكْفِيكُمْ»، «المعجم الكبير» (١١: ٢١٧)، قال الهيثمي: في
«مجمع الزوائد» (٣: ٩١)، وفيه حسين بن قيس الملقب بحنش وفيه كلام كثير وقد وثق. ينظر: «نصب
الراية» (٣: ٤٢٤)، وقال الزيلعي بعد أن روى طريقاً له: وهذا إسناد حسن.
(٢) أي ما أخذه؛ لأن المأخوذ حينئذٍ على وجه القهر والغلبة، لا الاختلاس والسرقة فكان غنيمة. ينظر:
«فتح باب العناية» (٣: ٢٨٦).

(٣) في ب و م: يؤخذ، وفي ص: نأخذ، وفي: تؤخذ.
(٤) أي تركيب حروف كلمة التنفيل يدل على الزيادة؛ لأنه من النفل، وهو في الأصل التبرع والزيادة.
ينظر: «عمدة الرعاية» (٢: ٣٥٦).

(٥) أي لا ينفل الإمام بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام؛ لأن حق الغير تأكد فيه بالإحراز، ويجوز التنفيل
بعد الإحراز من الخمس إلا للغني لأن الخمس للمحتاج. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٦٥٠).

باب استيلاء الكفار

إذا سبى بعضهم بعضاً وأخذوا مالهم، أو بعيراً نذ إليهم، أو غلبوا على مالنا وأحرزوه بدارهم ملكوه، لا حرناً، ومدبرنا، ومكائبنا، وعبدنا أبقأ وإن أخذوه للشافعي^(١)، فإن السلب عنده للقاتل إن كان من أهل أن يسهم له، وقد قتله مقبلاً؛ لقوله ﷺ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ»^(٢).

ونحن نحمل هذا على التثنية لا على وضع الشريعة.

باب استيلاء الكفار

(إذا سبى بعضهم^(٣) بعضاً وأخذوا مالهم، أو بعيراً نذ إليهم، أو غلبوا على مالنا وأحرزوه بدارهم ملكوه): هذا عندنا.

وأما عند الشافعي^(٤) ﷺ: لا يملك الكفار مالنا بالاستيلاء، لما ذكر في أصول الفقه^(٥): إن النهي عن الأفعال الحسية يوجب القبح لعينه، والقبح لعينه لا يفيد حكماً شرعياً، وهو الملك.

قلنا: إنما يملكون؛ لاستيلائهم على مال غير معصوم في زعيمهم، وليس لنا ولاية الالتزام، فسقط النهي في حق الدنيا، إذ العصمة إنما كانت ثابتة ما دام محرراً بدارنا؛ لتيقن التمكن من الانتفاع، فإذا زال الإحراز سقطت العصمة.

(لا حرناً، ومدبرنا، ومكائبنا، وعبدنا أبقأ وإن أخذوه)، إنما قال: وإن أخذوه؛ لأن الخلاف فيما أخذوه وقهره وقيدوه ففي هذه الصورة لا يملكونه عند أبي حنيفة ﷺ خلافاً لهما، لكن إن لم يأخذوه قهراً لا يملكونه اتفاقاً.

(١) ينظر: «الغاية والتقريب» (ص ٣٢١)، و«روضة الطالبين» (٦: ٣٧٤)، وغيرهما.

(٢) في «صحيح البخاري» (٣: ١١٤٤)، و«صحيح مسلم» (٣: ١٣٧١)، وغيرهما.

(٣) أي إذا سبى بعض أهل الحرب بعضاً.

(٤) ينظر: «المحلي» (٤: ٢٣٩)، و«تحفة المحتاج» (٩: ٣٠٦)، وغيرهما.

(٥) ينظر: «أصول الشاشي» (ص ١٦٥)، و«قواطع الأدلة» (ص ١٤٣)، و«البحر المحيط» (٣: ٣٨٣).

و«أصول السرخسي» (١: ٨٦)، و«الحسامي» مع «حاشيته لمحمد إبراهيم» (ص ٢٩)، و«المفني» (ص ٧٨).

و«تسهيل الوصول» (ص ٦٠)، و«الوسيط» (ص ٢١٨)، «مسلم الثبوت» (١: ٢٣٥)، و«النظامي»

(ص ٤٧)، وغيرها.

وَمَلَكَ بِالْغَلْبَةِ حُرَّهُمْ، وَمَا هُوَ مَلَكَهُمْ. وَمَنْ وَجَدَ مَتَا مَالَهُ، أَخَذَهُ بِلَا شَيْءٍ إِنْ لَمْ يَقْسَمْ، وَبِالْقِيَمَةِ إِنْ قُسِمَ، وَبِالثَّمَنِ إِنْ شَرَاهُ مِنْهُمْ تَاجِرٌ وَإِنْ أَخَذَ أَرْضَ عَيْنِهِ مَفْقُوءَةً، فَإِنْ أُسِرَ عَبْدٌ فَبِيعَ، ثُمَّ كَذَا، فَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَخْذُهُ مِنَ الثَّانِي بِشَمْنِهِ، ثُمَّ لِسَيِّدِهِ أَخْذُهُ مِنْهُ بِالثَّمَنِ، وَقَبْلَ أَخْذِ الْأَوَّلِ لَا، فَلَوْ أَبْقَى بَمَتَاعٍ، فَشَرَاهُمَا مِنْهُمْ رَجُلٌ أَخَذَ الْعَبْدَ مَجَانًّا، وَغَيْرُهُ بِالثَّمَنِ، وَغَتَّقَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ شِرَاءً مُسْتَأْمِنٌ هَاهُنَا وَأَدْخَلَهُ دَارَهُمْ

لهما : إِنْ عَصَمَتْهُ كَانَتْ لِحَقِّ الْمَوْلَى، وَقَدْ زَالَتْ، فَقَدْ صَارَ مَبَاحًا وَقَعَ فِي أَيْدِيهِمْ. وَلَهُ : إِنْ الْعَصَمَةُ الَّتِي كَانَتْ لِحَقِّ الْمَوْلَى، وَلَمَّا زَالَتْ ظَهَرَتْ عَصَمَتُهُ الَّتِي قَدْ كَانَتْ بِاعْتِبَارِ الْآدَمِيَّةِ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْأَحْرَارِ فَلَا يَمْلِكُونَهُ. وَغَمْلُكَ بِالْغَلْبَةِ حُرَّهُمْ، وَمَا هُوَ مَلَكَهُمْ.

وَمَنْ وَجَدَ مَتَا مَالَهُ : أَيِ فِي يَدِ الْغَانِمِينَ بَعْدَمَا غَلَبْنَا عَلَيْهِمْ، وَلَمْ يَذْكُرْ هَذَا؛ لِأَنَّهُ يَفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ : (أَخْذَهُ بِلَا شَيْءٍ إِنْ لَمْ يَقْسَمْ) : أَيِ بَيْنَ الْغَانِمِينَ، (وَبِالْقِيَمَةِ إِنْ قُسِمَ، وَبِالثَّمَنِ إِنْ شَرَاهُ مِنْهُمْ تَاجِرٌ وَإِنْ أَخَذَ أَرْضَ عَيْنِهِ مَفْقُوءَةً) : أَيِ إِنْ فُقِيتْ عَيْنُهُ فِي يَدِ التَّاجِرِ، فَأَخَذَ أَرْضَهُ، فَالْمَالُ الْقَدِيمُ يَأْخُذُ مِنْهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ إِنْ شَاءَ، وَلَا يُحِطُ مِنَ الثَّمَنِ شَيْءٌ بِإِزَاءِ مَا أُخِذَ مِنَ الْأَرْضِ.

(فَإِنْ أُسِرَ عَبْدٌ فَبِيعَ، ثُمَّ كَذَا، فَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَخْذُهُ مِنَ الثَّانِي بِشَمْنِهِ، ثُمَّ لِسَيِّدِهِ أَخْذُهُ مِنْهُ بِالثَّمَنِ، وَقَبْلَ أَخْذِ الْأَوَّلِ لَا)، عَبْدٌ أُسِرَ مِنْ يَدِ زَيْدٍ، فَاشْتَرَاهُ عَمْرُو بِمِثَّةٍ، ثُمَّ أُسِرَ مِنْ عَمْرُو، فَاشْتَرَاهُ بِكَرٍ بِمِثَّةٍ، فَعَمْرُو يَأْخُذُهُ مِنْ بَكَرٍ بِمِثَّةٍ، ثُمَّ يَأْخُذُهُ زَيْدٌ مِنْ عَمْرُو بِمِثَّتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ قَامَ عَلَى عَمْرُو بِمِثَّتَيْنِ، وَلَوْ لَمْ يَأْخُذْهُ عَمْرُو، فَلَيْسَ لَزَيْدٍ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ بَكَرٍ؛ لِأَنَّهُ بَكَرًا اشْتَرَى عَبْدًا أُسِرَ مِنْ عَمْرُو، بَعْدَمَا اشْتَرَاهُ عَمْرُو، فَلَوْ أَخَذَهُ زَيْدٌ مِنْ بَكَرٍ لَصَاحَ الثَّمَنُ الَّذِي أُعْطَاهُ عَمْرُو، فَلَا يَأْخُذُهُ زَيْدٌ قَبْلَ أَخْذِ عَمْرُو.

(فَلَوْ أَبْقَى بَمَتَاعٍ)، فَأَخَذَهُمَا الْكَفَّارُ، (فَشَرَاهُمَا مِنْهُمْ رَجُلٌ أَخَذَ الْعَبْدَ مَجَانًّا، وَغَيْرُهُ بِالثَّمَنِ)؛ لَمَّا مَرَّ^(١) أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ الْعَبْدَ الْأَبْقَى. (وَعَتَّقَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ شِرَاءً مُسْتَأْمِنٌ هَاهُنَا^(٢) وَأَدْخَلَهُ دَارَهُمْ)، هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته، وَعِنْدَهُمَا لَا يُعْتَقُ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ أَنْ يُجَبَّرَ فِي دَارِنَا عَلَى بَيْعِهِ، وَقَدْ زَالَ إِذْ لَا يَدُلُّ لَنَا عَلَيْهِمْ، فَبَقِيَ عَبْدًا فِي أَيْدِيهِمْ.

(١) (ص ٢٥٠).

(٢) فِي تَوْجُوفٍ وَفَوْفٍ وَمِثْلِهِ هُنَا.

كعبه لهم أسلم ثمة فجاءنا، أو ظهرنا عليهم. والله أعلم.

باب المستامن

لا يتعرض تاجرنا ثمة لديهم ومالهم إلا إذا أخذ ملكهم ماله، أو حبسه، أو غيره بعلمه، وما أخرجه ملكه ملكاً حراماً، فيصدق به، فإن أدائه حربي، أو أدان حربياً، أو غصب أحدهما من الآخر، وجاءا هاهنا، لم يقض لأحدهما بشيء، وكذا لو فعل ذلك حريان وجاءا مستامين، فإن

قلنا: إذا زالت ولاية الجبر، أقيم الاعتاق مقامه تخليصاً للمسلم عن أيدي الكفار. (كعبه لهم أسلم ثمة فجاءنا، أو ظهرنا عليهم^(١).^(٢) والله أعلم^(٣)).

باب المستامن

هو يشمل مسلماً دخل دارهم بأمان، وكافراً دخل دارنا بأمان.

(لا يتعرض تاجرنا ثمة لديهم ومالهم إلا إذا أخذ ملكهم ماله، أو حبسه، أو غيره بعلمه، وما أخرجه^(٤)): أي بطريق التعرض، (ملكه ملكاً حراماً، فيصدق به)؛ إنما يملكه؛ لأنه ظفر بمال مباح^(٥)، وإنما كان حراماً للغدر. (فإن أدائه حربي): أي باشر تصرفاً أوجب الدين في ذمة التاجر، (أو أدان حربياً، أو غصب أحدهما من الآخر، وجاءا هاهنا، لم يقض لأحدهما^(٦) بشيء)؛ لأنه لا ولاية لنا على المستامن.

(وكذا لو فعل ذلك حريان وجاءا مستامين)؛ لأنه لا ولاية لنا عليهما، (فإن

(١) أي غنق عبد أسلم فجاءنا في دار الإسلام أو لحق عسكرنا بدار الحرب، أو غلبنا على دارهم، وذلك لأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغماً لمولاه في الصورة الأولى والثانية، أو بالالتحاق عمدة المسلمين في الثالثة. ينظر: «العمدة» (٢: ٣٦١).

(٢) زيادة من ج.

(٣) أفاد أنه إذا لم يخرج به رده على صاحبه لوجوب التوبة عليه، وهي لا تحصل إلا بالردة عليه بطر «الشرعية» (١: ٢٩٢).

(٤) لأن مال أهل الحرب مباح شرعاً يجوز التصرف فيه وأخذه ما لم يكن سبيل التصرف بموعاً شرعاً كالغدر، ونحوه. ينظر: «العمدة» (٣: ٣٦٢).

(٥) في في ت وج و ص و ق: لأحد.

جاءا مسلمين قضي بينهما بالذنين لا الغصب، فإن قتل مسلم مستأمن مثله ثمة عمداء، أو خطأ، وذِي من ماله، وكفر للخطأ، وفي الأسيرين كفر فقط في الخطأ، ولا يُمكن حربي هنا سنة، وقيل له: إن أقمت هنا سنة أو شهراً، نضع عليك الجزية، فإن رجعت قبل ذلك، وإلا فهو ذمي لا يترك أن يرجع

جاءا مسلمين قضي بينهما بالذنين لا الغصب؛ لأن الإدانة وقعت صحيحة لتراضيهما بخلاف الغصب؛ لأنه لا تراضي ولا عصمة.

(فإن قتل مسلم مستأمن مثله^(١) ثمة عمداء، أو خطأ، وذِي من ماله^(٢)، وكفر للخطأ)؛ لأنه لم يجب القصاص وقت القتل؛ لتعذر الاستيفاء؛ لأنه بالمنعة^(٣)، فتجب الدية؛ لوجود العصمة^(٤) في ماله لا على العاقلة، إذ الوجوب عليهم باعتبار الثمرة والتقصير في الصيانة الواجبة عليهم، وقد سقط ذلك بتباين الدارين.

(وفي الأسيرين^(٥) كفر فقط في الخطأ)؛ أي لا يجب شيء إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رحمته الله، وعندهما: تجب الدية في العمد والخطأ؛ لأن العصمة لا تبطل بالأسر، كما لا تبطل بالاستئمان.

وله: أن الأسير صار تبعاً لهم بقهرهم إيّاه، فيبطل الإحراز، فسقط العصمة المقومة، وهي ما يوجب المال عند التعرض، فلم تجب الدية لا في العمد، ولا في الخطأ، لكن العصمة المؤتممة، وهي ما يوجب الإثم عند التعرض باقية، فتجب الكفارة في الخطأ.

(ولا يُمكن حربي هنا^(٦) سنة، وقيل له: إن أقمت هنا سنة أو شهراً^(٧)، نضع عليك الجزية، فإن رجعت قبل ذلك)؛ جزاء الشرط محذوف: أي فيها، أو نحوه، (ولا فهو ذمي لا يترك أن يرجع)؛ أي إن لم يرجع قبل المدّة المضروبة، فهو ذمي.

(١) أي مسلماً مستأمناً في دار الحرب.

(٢) أي يعطي الدية من ماله في العمد والخطأ. ينظر: «الدرر» (١: ٢٩٣).

(٣) ولا منعة بدون جماعة المسلمين والإمام، ولم يوجد ذلك في دار الحرب. ينظر: «الهداية» (١: ١٥٣).

(٤) أي العصمة الثابتة بالاحراز بدارنا لم تبطل بعراض الاستئمان. ينظر: «الدرر» (١: ٢٩٣).

(٥) أي إذا قتل أحد أسيرين مسلمين صاحبه في دار الحرب مطلقاً سواء كان عمداً أو خطأ، فإنه لا يجب شيء إلا الكفارة في الخطأ. ينظر: «شرح ملا مكين» (ص ١٧١).

(٦) أي في دار الإسلام.

(٧) ذكره الشهر لئبّه على أن ذكر السنة في «البداية» (ص ١٠٢) وغيرها اتفاقاً؛ لأن للإمام أن يقدّر بالشهر

والشهريين ولا يجوز أن يزيد عن السنة. ينظر: «الرمز» (١: ٣١٦).

كما لو اشترى أرضاً فوضع عليه خراجها، وعليه جزية سنة من وقت وضع الخراج. أو نكحت حريّة ذميّاً هانئاً، وفي عكسه لا، فإن رجع المستامن إلى داره حلّ دمه، فإن أسير، أو ظهر عليهم، فقتل سقط دين كان له على معصوم، وأقيء وديعة له عنده، وإن مات، أو قتل بلا غلبة عليهم فهما لورثته، حربيّ هنا، وله ثمة عرس وأولاد ووديعة مع معصوم وغيره، فأسلم هنا، ثم ظهر عليهم فكله في، وإن أسلم ثمة فجاء فظهر عليهم، فطفله حرّ مسلم، ووديعة مع معصوم له، وغيره في، ومن أسلم ثمة وله ورثة هنالك، فقتله مسلم، فلا شيء عليه إلا كفارة الخطأ واعلم أن من لا مساس له بالعربية يتوهم أن: إلا؛ للاستثناء، ولم يعلم أنه كلمة: أن مع لا، أو غم أحدهما في الأخرى.

(كما لو اشترى أرضاً فوضع عليه خراجها): أي إن اشترى المستامن أرض خراج فوضع عليه خراجها يصير ذميّاً؛ لأنه إذا التزمه التزم المقام في دارنا، ولا يصير ذميّاً بمجرد الشراء؛ لأنه ربّما يشتري للتجارة، (وعليه جزية سنة من وقت وضع الخراج.

أو نكحت حريّة ذميّاً هانئاً، وفي عكسه لا): أي إن نكح الحربيّ ذميّة لا يصير الزوج ذميّاً إذ يمكن أن يطلق، فيرجع بخلاف الأول حيث صارت تبعاً للزوج. (فإن رجع المستامن إلى داره حلّ دمه، فإن أسير، أو ظهر عليهم، فقتل سقط دين كان له على معصوم): أي مسلم، أو ذميّ، (وأقيء وديعة له عنده): أي صار في كل وديعة له عند معصوم في دارنا.

(وإن مات، أو قتل بلا غلبة عليهم فهما لورثته): أي دين كان له على معصوم، أو وديعة له عنده؛ وذلك لأن الأمان باق في ماله، فيردّ عليه إن كان حياً، وعلي ورثته إن مات، أو قتل بلا غلبة، لكن لو قتل بعدما ظهرنا عليهم صار ماله غنيمة بتبعيته.

(حربيّ هنا، وله ثمة عرس وأولاد ووديعة مع معصوم وغيره، فأسلم هنا، ثم ظهر عليهم فكله في): أمّا العرس والأولاد الكبار؛ فلعدم التبعية، وأمّا غير ذلك؛ فلا لأنه ليست في يده، فإسلامه لا يوجب عصمته.

(وإن أسلم ثمة فجاء فظهر عليهم، فطفله حرّ مسلم، ووديعة مع معصوم له، وغيره في): فقوله: ووديعة مبتدأ، ومع معصوم: صفته، وله خبره، أي الحربيّ أسلم (ومن أسلم ثمة وله ورثة هنالك، فقتله مسلم، فلا شيء عليه إلا كفارة الخطأ): أي له ورثة مسلمون في دار الحرب، فإن كان القتل عمداً، فلا يجب شيء، وإن

وأخذ الإمام دية مسلم لا ولي له، ومستامن أسلم هاهنا من عاقلة قاتله خطأ،
وقتل أو أخذ الدية في عمد ولا يعفو.

باب الوظائف

أرض العرب، وما أسلم أهلها، أو فتح عنوة وقسم بين جيشنا، والبصرة عشيرة.
والسواد وما فتح عنوة وأقر أهلها عليه أو صالحهم خراجية

كان خطأ لا يجب إلا الكفارة، وعند الشافعي^(١) يجب القصاص في العمد، والدية في الخطأ.

(وأخذ الإمام دية مسلم لا ولي له): أي مسلم قتل خطأ ولا ولي له،
(ومستامن أسلم هاهنا من عاقلة قاتله خطأ): أي جاء حربي بأمان، فأسلم ولا ولي له، فقتل خطأ، فالإمام يأخذ الدية من عاقلة قاتله.
(وقتل أو أخذ الدية في عمد ولا يعفو): أي إن كان القتل عمداً، فالإمام بالخيار، إما أن يستوفي القود، أو يأخذ الدية، ليس له ولاية العفو.^(٢) والله أعلم.

باب الوظائف

(أرض العرب، وما أسلم أهلها، أو فتح عنوة وقسم بين جيشنا، والبصرة
عشيرة^(٣)).
والسواد^(٤) وما فتح عنوة وأقر أهلها عليه أو صالحهم خراجية).

(١) ينظر: «روض الطالب»، وشرحه «أسنى المطالب» (٤: ١٢)، وغيرهما.

(٢) زيادة من ف.

(٣) أي حد أرض العشر من أرض الخراج: أن كل من أسلم أهلها عليها وهي من أرض العرب أو أرض العجم فهي لهم، وهي أرض عشيرة، وكذلك كل من لا تقبل منه الجزية ولا يقبل منه إلا الإسلام أو القتل من عبد الأوثان من العرب وإن ظهر عليها الإمام، وأما الخراجية: فما ظهر عليها الإمام وتركها في أيدي أهلها، وإن قسمها بين الفاعين فهي عشيرة. ينظر: «الخراج» (ص ٣٩).

(٤) أي سواد العراق: سمي به لخضرة أشجاره وزروعه، وحده طولاً من حدثة الموصل إلى عبادان، وعرضاً من العذيب إلى حلوان، وهو الذي فتح على عهد عمر رضي الله عنه، وهو أطول من العراق بخمسة وثلاثين فرسخاً. ينظر: «المغرب» (ص ٢٣٨).

ومواتٌ أحبيُّ يعتبرُ بقربه، وخراجٌ وضعةٌ عمرٌ ۞ على السَّواد لكلِّ جريبٍ يبلغُهُ الماءُ صاعٌ من بُرٍّ، أو شعيرٍ ودرهم، ولجريبِ الرُّطبةِ خمسةُ دراهم، ولجريبِ الكرم أو النَّخلةِ متصلةٌ ضعفُها، ولما سِواء كزَعفرانٍ وبُستانٍ ما يطبق

أرضُ العربِ: ما بين العُدَيْبِ^(١) إلى أقصى حَجَرٍ باليمنِ بِمَهْرَةٍ^(٢)، إلى حدِّ الشَّامِ^(٣).

وسِواءُ عراقِ العربِ: ما بين العُدَيْبِ إلى عَقَبَةِ حُلُوانِ^(٤)، ومن الثَّعلبيةِ^(٥). ويقال: من العَلْتِ^(٦) إلى عَبَّادانِ^(٧).

(ومواتٌ أحبيُّ يعتبرُ بقربه^(٨)، وخراجٌ وضعةٌ عمرٌ ۞ على السَّواد لكلِّ جريبٍ يبلغُهُ الماءُ صاعٌ من بُرٍّ، أو شعيرٍ ودرهم، ولجريبِ الرُّطبةِ^(٩) خمسةُ دراهم، ولجريبِ الكرم أو النَّخلةِ متصلةٌ^(١٠) ضعفُها، ولما سِواء كزَعفرانٍ وبُستانٍ ما يطبق):

(١) العُدَيْب: منزلُ الحاجِ العراقي قَرِيبٌ من الكوفة، قال الحازمي: هو حدُّ السَّواد، والعُدَيْب أيضاً:

موضعٌ بالبصرة، والعُدَيْب: ماءٌ في ديارِ كَلْب. ينظر: «تهذيبُ الأسماء واللغات» (٢: ٥٥)

(٢) مَهْرَةٌ: اسمُ مكان، وكان اسمُ لَأْيِي قَبيلةٍ وسمي به، ونسبت الإبلُ المَهْرِيَّةُ إلى ذلك الموضع. ينظر: «الكفاية» (٥: ٢٨٧).

(٣) ذلك حدُّها طَوَّلاً، وأما حدُّها عرضاً فما بين يَبْرين والدُهْناء ورملٍ عالِج، وهي أسماءُ مواضعٍ إلى حدِّ الشَّام. ينظر: «مجمعُ الأنهر» (١: ٦٦٠).

(٤) حُلُوان: اسمُ قريةٍ سَمَّيت باسمِ بانيها حُلُوان بنِ عمران بن قِضاعَةَ، وهي بين بَغداد وهَمْدان. ينظر: «الدر المختار» (ص ٢٥٤).

(٥) الثَّعلبية: منزلٌ من منازلِ الباديةِ بعد العُدَيْبِ بكثير. ينظر: «البنية» (٥: ٧٩٤).

(٦) العَلْت: قريةٌ موقوفةٌ على العلويةِ على شرقي دجلة، وهي أولُ العراقِ ينظر: «الشرنبلالية» (١: ٢٩٥).

(٧) عَبَّادان: حصنٌ صغيرٌ على شطِّ البحر، وفي المثل: ليس وراءَ عَبَّادانِ قرية. ينظر: «الدر المنتقى» (١: ٦٦٢).

(٨) أي إن كان يقرب أرض عشرة فهو عشري، وإن كان يقرب خارجية فخارجي؛ لأن ما يقرب إلى الشيء يعطى حكمه. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ١٥١/أ).

(٩) الرُّطبة: القَاء والخيار والبطيخ والبادنجان وما جرى مجراه، والبقول غير الرُّطاب مثل الكراث. ينظر: «الشرنبلالية» (١: ٢٩٧).

(١٠) متصلة: حال من الكرم والنخلة، فلو كانت أشجار العنب والتمر منفردة. بحيث يكور وسطها مزروعاً، فلا شيء فيها. ينظر: «البحر» (٥: ١١٦).

ونصف الخارج غاية الطاقة، ونقص إن لم تطق وظيفتها، ولا يزداد إن أطاقت عند أبي يوسف رحمه الله، وجاز عند محمد رحمه الله. ولا خراج لو انقطع الماء عن أرضه، أو غلب عليها، أو أصاب الزرع آفة، ويجب إن عطّلها مالكها، ويبقى إن أسلم المالك، أو شراها مسلم، ولا عشر في خارج أرضه

الجريب ستون ذراعاً في ستين ذراعاً^(١)، وفي كتب الفقه ذراع الكرياس سبع قبضات^(٢)، وذراع المساحة سبع قبضات وأصبع قائم^(٣)، وعند الحساب الذراع أربعة وعشرون إصبعاً، والأصبع ستة شعيرات مضمومة بطون بعضها إلى بعض^(٤).
(ونصف الخارج غاية الطاقة^(٥))، ونقص إن لم تطق وظيفتها، ولا يزداد^(٦) إن أطاقت عند أبي يوسف رحمه الله، وجاز عند محمد رحمه الله.

ولا خراج^(٧) لو انقطع الماء عن أرضه، أو غلب عليها، أو أصاب الزرع آفة، ويجب إن عطّلها مالكها، ويبقى إن أسلم المالك، أو شراها مسلم، ولا عشر في خارج أرضه: أي أرض الخراج، وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يجب.

(١) الذراع: ٤٨ سم، فالجريب: (٦٠ ذراع × ٤٨ سم) × (٦٠ ذراع × ٤٨ سم) = ٢٨٨.٨ × ٢٨٨.٨ م

(٢) ذراع الكرياس: (٧ قبضات) × (٤ أصابع × ٢ سم الأصبع) = ٥٦ سم.

(٣) ذراع المساحة: ٦٦.٥ سم. ينظر: «المقادير الشرعية» (ص ١٥٩).

(٤) الشعرة: ٠.٣٣٣ سم، والأصبع: ٦ شعيرات × ٠.٣٣٣ سم = ٢ سم، فالذراع: ٢٤ أصبع × ٢ سم = ٤٨ سم.

سم. ينظر: «المقادير الشرعية» (ص ٢٠٨).

(٥) أي نهاية طاقة الأرض أن يكون الواجب نصف ما تخرجه الأرض، فيجوز توظيف ما هو أقل منه، كما لا تجوز الزيادة على مقدار ما ثبت عن عمر رحمه الله وأصحابه في جريب الكرم، وغيره. ينظر: «البحر» (٥).

١١٦ - ١١٧).

(٦) أي إذا أراد الإمام توظيف الخراج على الأرض ابتداءً وزاد على وظيفة عمر رحمه الله، فعند محمد يجوز؛ لأن الوظيفة مقدر بالطاقة وعند الإمام وهو رواية عن أبي يوسف لا يجوز وهو الصحيح، كما في «الكافي».

ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٦٦٧).

(٧) أي لا خراج لو أصابت الزرع آفة سماوية كالفرق والحرق وشدة البرد وألحق البزاري والخراد بذلك حيث لم يمكن دفعه ولا شك أن الدودة والفارغة والقردة والنمل، كذلك إذ العلة عدم القدرة على المنع، ولا فرق بين خراج الوظيفة والمقاسمة والعشر. ينظر: «منح العفار» (ق ٤١٩/ب)، و«الفتاوى الخيرية» (١: ١٠٠).

(٨) ينظر: «أسنى المطالب» (١: ٣٦٩)، و«نهاية المحتاج» (٣: ٧٦)، و«تحفة المحتاج» (٣: ٢٤٢)، وغيرها.

ويتكرَّرُ العشرُ بتكرُّرِ الخارجِ.

فصل الجزية

ما وَضِعَتْ بصلح لا تغير، وحين غلبُوا وأقروا على أملاكهم توضع على كتابي ومجوسي ووثني عجمي ظهر غناه، لكل سنة ثمانية وأربعون درهماً، وعلى المتوسط نصفها، وعلى فقير يكسب ربعها

(ويتكرَّرُ العشرُ بتكرُّرِ الخارجِ)، بخلاف الخارج، فإنه لا يتكرَّرُ، واعلم أن الخارج نوعان: خراج موظف، وهو الوظيفة المعينة التي توضع على الأرض كما وضع عمر عليه السلام على سواد العراق، وخراج مقاسمة، كربع الخارج، وخمسه، ونحوهما، فالذي لا يتكرَّرُ هو الموظف، أما خراج المقاسمة فهو يتكرَّرُ كالعشر.

فصل الجزية

اعلم أن الجزية نوعان:

١. جزية وضعت بالتراضي، فتقدَّرُ بحسب ما يقع عليه الاتفاق.

٢. جزية يبدأ الإمام وضعها إذا غلب عليهم.

(ما وَضِعَتْ بصلح لا تغير، وحين غلبُوا وأقروا على أملاكهم توضع على كتابي ومجوسي ووثني عجمي ظهر غناه)^(١)، فيه خلاف الشافعي عليه السلام، فإنه لا توضع عليه عنده، (لكل سنة ثمانية وأربعون درهماً): يأخذ في كل شهر أربعة دراهم، (وعلى المتوسط نصفها، وعلى فقير يكسب ربعها): وعند الشافعي عليه السلام يوضع على كل حالم وحاملة دينار، الفقير والغني سواء.

(١) جملة: ظهر غناه؛ صفة لكل من الثلاثة. والظاهر الغنى: هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج إلى العمل. أما المتوسط: الذي له مال لا يستغني به عن العمل. وأما المعتمد: من يكسب أكثر من حاجته ولا مال له. ينظر: «الكفاية» (٥: ٢٨٩).

(٢) ينظر: «التبیه» (ص ١٤٥)، و«الفرر البهية» (٥: ١٣٨)، وغيرهما.

(٣) عبارة «المنهاج» (٤: ٢٤٨) تدل على خلاف هذا، وهي: أقل الجزية دينار لكل سنة، ويستحب للإمام مماكسة حتى يأخذ من متوسط دينارين وغني أربعة... اهـ. وينظر: شرحه «مغني المحتاج» (٤: ٢٤٨)، و«التبیه» (١٤٥)، و«تحفة الحبيب» (٤: ٢٧٨).

لا على وثني عربي، فإن ظهر عليه، فعرسه، وطفله فيء، ولا مرتد، ولا يقبل منهما، إلا الإسلام أو السيف، ولا على راهب لا يخالط، وصي، وامرأة، وملك، وأعمى، وزمن، وفقير لا يكسب، وتسقط بالموت والإسلام، ويتداخل بالتكرار، ولا تُخذل بيعة وكنيسة هنا، ولهم إعادة المنهدة، ومميز اللامي متا في زيه

(لا على وثني عربي، فإن ظهر عليه، فعرسه، وطفله فيء، ولا مرتد، ولا يقبل منهما): أي من الوثني العربي والمُرتد، (إلا الإسلام أو السيف)، وعند الشافعي^(١) يسترَقُ مشركو العرب.

(ولا على راهب لا يخالط)، وعند أبي يوسف^(٢)، وهو رواية محمد^(٣) عن أبي حنيفة^(٤) توضع إن كان قادراً على العمل، (وصي، وامرأة، وملك، وأعمى، وزمن)، وعند أبي يوسف^(٥) تجب إذا كان له مال، (وفقير لا يكسب)، وعند الشافعي^(٦) تجب.

(وتسقط بالموت والإسلام)، خلافاً للشافعي^(٧) فيهما.

(ويتداخل بالتكرار)^(٨)، هذا عند أبي حنيفة^(٩) خلافاً لهما.

(ولا تُخذل بيعة وكنيسة^(١٠) هنا، ولهم إعادة المنهدة، ومميز اللامي متا في زيه^(١١))

(١) ينظر: (الأم) (٨: ٦٢٢)، و«التنبيه» (ص ١٤٥)، وغيرهما.

(٢) قال الشيرازي في «التنبيه» (ص ١٤٧): وفي الفقير الذي لا كسب له قولان: أحدهما: لا تجب عليه، والثاني: تجب. وقال النووي في «المنهاج» (٤: ٢٥٠): ولا على فقير في الأصح.

(٣) ينظر: «المنهاج» (٤: ٢٤٩)، وشرحه «معني المحتاج» وغيره.

(٤) يعني من لم تؤخذ منه الجزية في سنة حتى جاءت سنة أخرى لم تؤخذ منه إلا جزية واحدة عنده، خلافاً لهما. ينظر: «العمدة» (٢: ٣٧٢).

(٥) وهما متعبد اليهود والنصارى، ثم غلب الكنيسة لمتعبد اليهود، والبيعة لمتعبد النصارى خاصة، وفي مصر ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين، ولفظ: الدير للنصارى خاصة. ينظر: «الفتح» (٥: ٢٩٩).

(٦) أي فلا يلبس ما يخص بأهل العلم والشرف كالرداء والعمامة والصوف والجوخ، بل قميصاً خشناً من كرباس جيبه على صدره كالنساء. ينظر: «الدر المنثور» (١: ٦٧٤).

ومركبه، وسرجه، وسلاحه، فلا يركب خيلاً، ولا يعمل سلاح، ويُظهر الكسبيج، ويركب على سرج كإكاف، وميّزت نساؤهم في الطريق، والحمام، ويُعلم على دورهم؛ لثلاث استغفر لهم. ويُقضى عهده: إن غلب على موضع الحربنا، أو لحق بدارهم، فصار كمرتد في الحكم بموته بلحاظه، لكن لو أسير يسترّق، والمرتد يقتل لا إن امتنع عن الجزية، أو زنى بمسلمة، أو قبلها، أو سب النبي ﷺ، ويؤخذ من مال بالغي تغلي وتغليبة ضعف زكائنا، ومن مولا الجزية والخراج: كمولى القرشي

ومركبه، وسرجه، وسلاحه، فلا يركب خيلاً^(١)، ولا يعمل سلاح، ويُظهر الكسبيج، وهو خيط غليظ بقدر الأصبع من الصوف يشده الذمي على وسطه، وهو غير الزنار^(٢) من الإبرسم.

(ويركب على سرج كإكاف^(٣))، وميّزت نساؤهم في الطريق^(٤)، والحمام، ويُعلم على دورهم؛ لثلاث استغفر لهم.

وَيُقَضُّ عَهْدُهُ: إِنْ غَلَبَ عَلَى مَوْضِعِ الْحَرْبِ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِهِمْ، فَصَارَ كَمُرْتَدٍّ فِي الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ بِلِحَاقِهِ، لَكِنْ لَوْ أُسِيرَ يَسْتَرْقُ، وَالْمُرْتَدُّ يَقْتُلُ لَا إِنْ امْتَنَعَ عَنِ الْجَزْيَةِ، أَوْ زَنَى بِمُسْلِمَةٍ، أَوْ قَبَّلَهَا، أَوْ سَبَّ النَّبِيَّ ﷺ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ^(٥) سَبُّ النَّبِيِّ ﷺ هُوَ نَقْضُ الْعَهْدِ.

(ويؤخذ من مال بالغي تغلي وتغليبة ضعف زكائنا، ومن مولا الجزية والخراج)، خلافاً لـ زفر ﷺ، فإنه يؤخذ منه ضعف زكائنا، وهو الخمس في الأراضي، ونصف العشر في غيرها مما يجب فيه الزكاة. (كمولى القرشي)؛ فإنه يؤخذ منه الجزية

(١) قال ابن نجيم ﷺ في «الأشياء» (ص ٣٨٧): المعتمد أن لا يركبوا مطلقاً، ولا يلبسوا العمائم، وإن ركب الحمار لضرورة نزل في الجامع. اهـ. وفي «الفتح» (٥: ٣٠٢): اختار المتأخرون أن لا يركب أصلاً إلا لضرورة.

(٢) الزنار: وهو ما يلبسه الذمي ويشده على وسطه. ينظر: «اللسان» (٣: ١٨٧١).

(٣) أي في الهيئة: يعني إن احتاج إلى ركوب، قال الكرخي ﷺ في تفسيره أن يكون على قَبْرَسِ السرج مثل الرمانة. ينظر: «الرمز» (١: ٣٢١)، و«تاج العروس» (٢٢: ٢٧).

(٤) بأن تمشي في ناحية الطريق لا في وسطه. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ١٥١/ب).

(٥) في «المنهاج» (٤: ٣٥٨): ذكر رسول الله ﷺ بسوء فالأصح أنه إن شرط انتقاض العهد بها انتقض، وإلا فلا. وينظر: «النتبه» (ص ١٤٦)، و«مغني المحتاج» (٤: ٣٥٨)، وغيرها.

ومصرفُ الجزية والخراج، ومالُ الثغلي، وهديتهم للإمام، وما أُخذَ منهم بلا حربٍ ومصالحنا: كسدِّ ثغر، وبناء قنطرة، وجسر، وكفاية العلماء، والقضاة، والعُمال، ورزق المقاتلة، وذرائعهم. ومن مات في نصفِ السنة حُرِّمَ من العطاء

والخراج، فقوله عليه السلام: "مولى القوم منهم"^(١)، إنما يعملُ به في حرمة الصدقة، فيجملُ مولى الهاشمي كالحاشمي في هذا الحكم؛ لأنَّ الحرمانَ تثبت بالشُّبهات.

(ومصرفُ الجزية والخراج، ومالُ الثغلي، وهديتهم للإمام، وما أُخذَ منهم بلا حربٍ مصالحنا: كسدِّ ثغر، وبناء قنطرة، وجسر^(٢)) : القنطرة: ما يكون مركباً، والجسرُ خلافه مثل أن يسدَّ السفن، (وكفاية العلماء، والقضاة، والعُمال^(٣))، ورزق المقاتلة، وذرائعهم^(٤).

ومن مات في نصفِ السنة^(٥) حُرِّمَ من العطاء^(٦)؛ فإِنَّه صلة، فلا يملكُ قبل القبض، ويسقطُ بالموت، وأهلُ العطاء في زماننا القاضي، والمفتي، والمدرس. والله أعلم^(٧).

(١) من حديث رفاعة بن رافع في «مسند أحمد» (٤ : ٣٤٠)، و«سنن النسائي الكبرى» (٢ : ٥٨)، و«المجتبى» (٥ : ١٠٧)، و«سنن أبي داود» (٢ : ١٢٣)، و«سنن الترمذي» (٣ : ٤٦)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، و«سنن الدارمي» (٢ : ٣١٧)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٧ : ٣٦٨)، و«مسند الروياني» (١ : ٤٧٤)، و«مسند أبي يعلى» (٥ : ١٣٣)، وغيرها. وينظر: «الدراية» (٢ : ١٦٣)، و«تلخيص الحبير» (٤ : ٢١٤).

(٢) قنطرة: ما يبنى على البحر والنهر للمبور، والجسر: ما يعبر به النهر مبنياً كان أو غيره. ينظر: «المغرب» (ص ٣٨٨).

(٣) العُمال: جمع عامل، ككتبة القاضي والقسامين الذين يقسمون الثركة وغيرها، والذين يحفظون السواحل، ويدخل فيهم: المذكر والواظ بحقِّ المحتسب والمفتي والمعلم بلا أجر.

(٤) أي أولاد العلماء والقضاة والمقاتلة وغيرهم؛ لاحتياجهم لا سيما إذا كانوا سالكين على مسالك أهالهم.

(٥) وقيد بنصف السنة؛ لأنه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك إلى قريبه. ينظر: «مجمع الأهر» (١ : ٦٨٠).

(٦) في ق: العطايا. ينظر: «العمدة» (٢ : ٣٧٤).

(٧) زيادة من ف.

باب المرتد

مَنْ ارْتَدَّ - وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ - عُرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ، وَكُشِفَتْ شَبْهَتُهُ، فَإِنْ اسْتَمْهَلَ حُسْنَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، فَإِنْ تَابَ فِيهَا، وَإِلَّا قُتِلَ، وَهِيَ بِالتَّبَرِّي عَنْ كُلِّ دِينٍ سِوَى دِينِ الْإِسْلَامِ، أَوْ عَمَّا انْتَقَلَ إِلَيْهِ، وَقَتْلُهُ قَبْلَ الْعُرْضِ تَرْكُ نَدْبٍ بِلا ضَمَانٍ، وَيَزُولُ مَلَكُهُ عَنْ مَالِهِ مَوْقُوفًا، فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَحُكِمَ بِهِ، عَتَقَ مَدْبِرُهُ وَأُمُّ وَلَدِهِ وَحُلُّ دِينٍ عَلَيْهِ

باب المرتد

(مَنْ ارْتَدَّ - وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ - عُرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ، وَكُشِفَتْ شَبْهَتُهُ، فَإِنْ اسْتَمْهَلَ^(١) حُسْنَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، فَإِنْ تَابَ فِيهَا^(٢)، وَإِلَّا قُتِلَ): أَيِ إِنْ تَابَ فِيهَا، وَإِنْ لَمْ يَتَبَّ قُتِلَ، وَمَعْنَى فِيهَا: أَيِ فَبِالْخَصْلَةِ الْحَسَنَةِ أَخَذَ، وَكَلِمَةٌ: إِلَّا؛ مَعْنَاهَا: وَإِنْ لَا، وَلَيْسَتْ لِلْإِسْتِثْنَاءِ، (وَهِيَ): أَيِ التَّوْبَةِ، (بِالتَّبَرِّي عَنْ كُلِّ دِينٍ سِوَى دِينِ الْإِسْلَامِ، أَوْ عَمَّا انْتَقَلَ إِلَيْهِ، وَقَتْلُهُ قَبْلَ الْعُرْضِ تَرْكُ نَدْبٍ بِلا ضَمَانٍ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْقَتْلَ بِالْإِرْتِدَادِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ^(٣) يَجِبُ أَنْ يَمْهَلَ الْإِمَامُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلَا يَحِلُّ قَتْلُهُ قَبْلَ ذَلِكَ. (وَيَزُولُ مَلَكُهُ عَنْ مَالِهِ مَوْقُوفًا، فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ^(٤) بِدَارِ الْحَرْبِ)، وَحُكِمَ بِهِ، عَتَقَ مَدْبِرُهُ وَأُمُّ وَلَدِهِ وَحُلُّ دِينٍ عَلَيْهِ؛ فَإِنَّهُ فِي حَكْمِ الْمَيِّتِ، فَالْدَيْنُ الْمُؤَجَّلُ يَصِيرُ حَالًا بِمَوْتِ الْمَدْيُونِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ^(٥) يَبْقَى مَالُهُ مَوْقُوفًا كَمَا كَانَ.

(١) فِي م: اسْتَمْهَلِي. أَيِ طَلَبَ الْمَرْتَدُ الْمَهْلَةَ بَعْدَمَا عُرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ لِلتَّفَكُّرِ، وَقَيَّدَ بِهِ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَسْتَمْهَلْ قُتِلَ فِي الْقَوْرِ. يَنْظُرُ: «شَرْحُ ابْنِ مَلِكٍ» (ق ١٥٢/١).

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ أَوْفٍ.

(٣) قَالَ الشَّيْرَازِيُّ فِي «التَّنْبِيهِ» (ص ١٤١): مَنْ ارْتَدَّ عَنِ الْإِسْلَامِ يَسْتَحَبُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَيَجِبُ فِي الْآخَرِ، وَفِي مَدَّةِ الْإِسْتِثْنَاءِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَالثَّانِي: فِي الْحَالِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ. اهـ. وَفِي «الْمَنْهَاجِ» (٤: ١٣٩): وَتَجِبُ اسْتِثْنَاءُ الْمَرْتَدِّ وَالْمَرْتَدَّةِ، وَفِي قَوْلِ تَسْتَحَبُّ كَالْكَافِرِ، وَهِيَ فِي الْحَالِ، وَفِي قَوْلِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ. اهـ.

(٤) فِي أَوْتَوْسٍ وَصَوْفٍ وَفٍ: بِدَارِهِمْ.

(٥) فِي «التَّنْبِيهِ» (ص ١٤٢): وَإِنْ ارْتَدَّ وَلَهُ مَالٌ فَقَدْ قِيلَ: فِيهِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مَلَكِهِ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ رَجَعَ إِلَى الْإِسْلَامِ حُكِمَ بِأَنَّهُ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ حُكِمَ بِأَنَّهُ قَدْ زَالَ بِالرَّدِّ. وَقِيلَ فِيهِ قَوْلٌ ثَالِثٌ: أَنَّهُ يَزُولُ بِنَفْسِ الرَّدِّ. اهـ.

وكسب إسلامه لوارثه المسلم، وكسب رذته فيء، وقضي دين كل حال من كسب تلك، وبطل نكاحه وذبحه، وصح طلاقه واستيلاؤه، وتوقف مفاوضته، وبيعه، وشراؤه، وهبته، وإعارته، وإجارته، وتدبيره، وكتابته، ووصيته، إن أسلم نفذ، وإن مات أو قتل أو لحق بدارهم وحكيم به بطل، فإن جاء مسلماً قبل الحكم، فكأنه لم يرتد، وإن جاء بعده وماله مع ورثته أخذه. ولا تقتل مرتدة ومحبس حتى تسلم، وصح تصرفها وكسبها لورثتها.

(وكسب إسلامه لوارثه المسلم، وكسب رذته فيء): هذا عند أبي حنيفة رحمته الله.
وعندهما: كلاهما لوارثه المسلم، وعند الشافعي رحمته الله (١) كلاهما فيء، (وقضي دين كل حال من كسب تلك): أي دين حال الإسلام يقضى من كسب حال الإسلام، ودين حال الردة من كسب حال الردة، (وبطل نكاحه وذبحه، وصح طلاقه واستيلاؤه): فإنه قد انفسخ النكاح بالردة فتكون المرأة معتدة، فإن طلقها يقع، وكذا إذا ارتدأ معاً، فطلقها فأسلما معاً، فإنه لم ينفسخ النكاح، فيقع الطلاق.
(وتوقف مفاوضته) ^(٢)، وبيعه، وشراؤه، وهبته، وإعارته، وإجارته، وتدبيره، وكتابته، ووصيته، إن أسلم نفذ، وإن مات أو قتل أو لحق بدارهم وحكيم به بطل: اعلم أن النكاح والذبح باطلان اتفاقاً، والطلاق والاستيلاء صحيحان اتفاقاً، والمفاوضة موقوفة اتفاقاً، والباقي موقوف عند أبي حنيفة رحمته الله، ونافذ عندهما.
(فإن جاء مسلماً قبل الحكم، فكأنه لم يرتد، وإن جاء بعده وماله مع ورثته أخذه) ^(٣).
ولا تقتل مرتدة) خلافاً للشافعي رحمته الله (١)، (ومحبس حتى تسلم، وصح تصرفها وكسبها لورثتها).

(١) يقضى ديونه من ماله إذا مات أو قتل والباقي فيء. ينظر: «التنبيه» (ص ١٤٢)، و«المنهاج» (٤ : ١٤٢).
(٢) أي تجعل هذه المعاملات موقوفة، أما توقف المفاوضة: أي الشركة المسماة بالمفاوضة: وهي شركة متساويين مالا وتصرفاً ودينياً، فهو اتفاقي؛ لأنها تعتمد المساواة، ولا مساواة بين المسلم والمترد؛ وتوقف باقي المعاملات عنده لا عندهما. ينظر: «العمدة» (٢ : ٣٧٧).
(٣) أما إن لم يجده قائماً في يده فليس له أخذ بدله منه؛ لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه. وإذا عاد مسلماً يحتاج إليه فيقدم عليه. ينظر: «البحر» (٥ : ١٤٥).
(٤) ينظر: «المنهاج» وشرحه «مغني المحتاج» (٤ : ١٤٠)، وغيرهما.

فإن وَلَدَتْ أُمُّهُ فَاذْعَاهُ، فهو ابْنُهُ حُرّاً يَرِثُهُ فِي الْمُسْلِمَةِ مُطْلَقاً إِنْ مَاتَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِهِمْ، وَكَذَا فِي التَّصْرِائِيَّةِ إِلَّا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لَأَكْثَرُ مِنْ نَصْفِ حَوْلٍ مِنْذَ ارْتَدَّ. وَإِنْ لَحِقَ بِمَالِهِ، فَظَهَرَ عَلَيْهِ فَهُوَ فِيءٌ، فَإِنْ رَجَعَ فَلَحِقَ ثَانِياً بِمَالِهِ، فَظَهَرَ عَلَيْهِ فَهُوَ لَوَارِثُهُ قَبْلَ قَسْمَتِهِ، فَإِنْ قُضِيَ بَعْدَ مَرْتَدِّ لَحِقَ لِابْنِهِ فَكَائِبُهُ، فَجَاءَ مُسْلِماً فَبَدَلَهَا وَالْوَلَاءُ لِلْأَبِ

فإن وَلَدَتْ أُمُّهُ فَاذْعَاهُ، فهو ابْنُهُ حُرّاً يَرِثُهُ فِي الْمُسْلِمَةِ مُطْلَقاً إِنْ مَاتَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِهِمْ، وَكَذَا فِي التَّصْرِائِيَّةِ إِلَّا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لَأَكْثَرُ مِنْ نَصْفِ حَوْلٍ مِنْذَ ارْتَدَّ).
قَوْلُهُ: مُطْلَقاً؛ أَيِ سِوَاءِ كَانَ بَيْنَ الْارْتِدَادِ وَالْوِلَادَةِ أَقَلُّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِيناً، فَيَتَّبِعُ الْأُمَّ فَيَكُونُ مُسْلِماً، وَالْمُسْلِمُ يَرِثُ مِنَ الْمَرْتَدِّ. وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الْأُمُّ نَصْرَانِيَّةً، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ الْارْتِدَادِ وَالْوِلَادَةِ أَقَلُّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَرِثُ^(١)، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَا يَرِثُ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ الْأَبَ هُنَاكَ؛ لِأَنَّ الْأَبَ يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ، فَيَكُونُ أَقْرَبُ^(٢) إِلَى الْإِسْلَامِ مِنَ التَّصْرِائِيَّةِ.

(وَإِنْ لَحِقَ بِمَالِهِ): أَيِ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مَعَ مَالِهِ، (فَظَهَرَ عَلَيْهِ فَهُوَ فِيءٌ، فَإِنْ رَجَعَ فَلَحِقَ ثَانِياً بِمَالِهِ): أَيِ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بِمَا لَمْ يَلَمْ، وَحُكْمُ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ، ثُمَّ رَجَعَ، ثُمَّ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مَعَ مَالِهِ، (فَظَهَرَ عَلَيْهِ فَهُوَ لَوَارِثُهُ قَبْلَ قَسْمَتِهِ): أَيِ قَبْلَ قَسْمَتِهِ بَيْنَ الْفَائِزِينَ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي إِذَا حَكَمَ بِلِحَاقِهِ، فَكَانَ الْوَارِثُ كَالْمَالِكِ الْقَدِيمِ، فَكَانَ أَوَّلِي.

(إِنْ قُضِيَ بَعْدَ مَرْتَدِّ لَحِقَ لِابْنِهِ فَكَائِبُهُ، فَجَاءَ مُسْلِماً فَبَدَلَهَا وَالْوَلَاءُ لِلْأَبِ)^(٣).
الْعَبْدُ مُضَافٌ إِلَى الْمَرْتَدِّ.

(١) لَتَقِنُ الْعُلُوقَ وَقْتُ إِسْلَامِ الْأَبِ، فَيَكُونُ الْابْنُ مُسْلِماً، وَالْمُسْلِمُ يَرِثُ الْمَرْتَدَّ كَمَا مَرَّ.
(٢) أَيِ لِأَنَّهُ عَسَى أَنْ يَسْلَمَ بِالْجَبْرِ عَلَيْهِ، فَيَكُونُ الْوَلَدُ مُسْلِماً بِإِسْلَامِهِ، وَالتَّصْرِائِيَّةُ لَا تُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ؛ فَلَوْ تَبَعَ الطِّفْلُ أُمَّهُ لَبَقِيَ كَافِراً أَبَداً فَتَبِعَتْهُ لِلْأَبِ هَاهُنَا خَيْرٌ مِنْ تَبِعَتْهُ لِلْأُمِّ، وَالْأَبُ خَيْرٌ مِنَ الْأُمِّ لِكُونِهِ مَرْجُوَ الْإِسْلَامِ دُونَهَا، وَلَمَّا جُعِلَ تَبَعاً لِلْأَبِ لَمْ يَرِثْ لَهُ؛ لِأَنَّ الْمَرْتَدَّ لَا يَرِثُ مِنَ الْمَرْتَدِّ. يَنْظُرُ: «الْعَمْدَةُ» (٣: ٢٧٨).

(٣) صَوْرَتُهُ: لَحِقَ الْمَرْتَدُّ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَلَهُ عِبْدٌ فَقَضَى بِهِ لِابْنِهِ وَكَاتِبِهِ الْابْنَ ثُمَّ جَاءَ الْمَرْتَدُّ مُسْلِماً فَالْمَالُ كَاتِبُهُ جَائِزَةٌ، وَالْكِتَابَةُ وَالْوَلَاءُ لِلْمَرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى بَطْلَانِ الْكِتَابَةِ لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مِنْهُدٍ فَجُلِعَتِ الْوَارِثَةُ الَّذِي هُوَ يَكُونُ خَلْفَهُ كَالْوَكِيلِ مِنْ جِهَتِهِ، وَحَقُوقُ الْعَقْدِ فِيهِ تَرْجِعُ إِلَى الْمُوَكَّلِ. يَنْظُرُ: «الْهِدَايَةُ» (٢: ١٦٨).

وَمَنْ قَتَلَهُ مُرْتَدًّا خَطَاً، فَلِحَقِّ، أَوْ قُتِلَ، فَلِدَيْتِهِ فِي كَسْبِ الْإِسْلَامِ، وَمَنْ قَطَعَ يَدَهُ عَمداً فَارْتَدَّ - وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ - وَمَاتَ مِنْهُ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، فَجَاءَ مُسْلِماً فَمَاتَ مِنْهُ ضَمِينَ الْقَاطِعِ نِصْفَ الدِّيَّةِ فِي مَالِهِ لَوَارِثِهِ، وَإِنْ أَسْلَمَ هَاهُنَا فَمَاتَ ضَمِينَ كُلِّهَا

ولحق: صفة للمرتد: أي لحق بدار الحرب.

ولابنه: متعلق بقضى.

فكائبه: أي كائبه الابن.

فجاء: أي فجاء الأب المرتد.

وإنما كان البدل للأب والولاء له؛ لأن الكتابة وقعت جائزة، والابن خليفة الأب، فإذا جاء الأب مسلماً صار الابن كالوكيل من الأب، فالبديل له، والعنق واقع عنه.

(وَمَنْ قَتَلَهُ مُرْتَدًّا خَطَاً، فَلِحَقِّ، أَوْ قُتِلَ، فَلِدَيْتِهِ فِي كَسْبِ الْإِسْلَامِ)؛ لأن الدية لا تكون على العاقلة؛ لعدم النصرة، فتكون في ماله، فعند أبي حنيفة رضي الله عنه تكون في كسب الإسلام؛ لأن كسب الردة فيء، وعندهما في الكسبين.

(وَمَنْ قَطَعَ يَدَهُ عَمداً^(١) فَارْتَدَّ^(٢) - وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ - وَمَاتَ مِنْهُ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، فَجَاءَ مُسْلِماً فَمَاتَ مِنْهُ ضَمِينَ الْقَاطِعِ نِصْفَ الدِّيَّةِ فِي مَالِهِ لَوَارِثِهِ^(٣))؛ لأن القطع حل محلاً معصوماً، والسراية حلت محلاً غير معصوم، فاعتبر القطع لا السراية، فيجب نصف الدية، وإنما تجب في ماله؛ لأن العمد لا يتحملها العاقلة، وإنما لا يجب القصاص؛ لوجود الشبهة، وهو الارتداد.

وقوله: أو لحق، أي لحق بدار الحرب فقضى به.

(وَإِنْ أَسْلَمَ هَاهُنَا فَمَاتَ ضَمِينَ كُلِّهَا): أي فمات من ذلك القطع، وإنما يجب كلُّ

(١) قِيْدَ بَعْدًا؛ لأنه لو كان القطع خطأ، فالدية على العاقلة كما قال الحاكم، ذكره صاحب «البنية» (٥): (٨٧٨)، وقول الطحطاوي في «حواشي الدر المختار» (٢: ٤٩٠): إن العاقل لا تعقل الأطراف سهوً منه.

(٢) أي بعد القطع، فإن ارتد ثم قطعت يده لا ضمان على قاطعه كما لا ضمان على قاتله؛ لكونه مستحق الإهلاك. ينظر: «حواشي الطحطاوي» (٢: ٤٩٠).

(٣) حاصله: أنه تجب في صورتين على القاطع دية اليد فقط، وهي نصف دية النفس، ولا تجب عليه دية النفس بناءً على أن الموت حصل من قطعه بخلاف إذا قطع مسلم يد مسلم فمات من ذلك القطع من غير تخلل ارتداد، فإنه تجب هناك دية الكل للسراية. ينظر: «العمدة» (٢: ٣٨٠).

مكاتب ارتد فلحق، فأخذ بماله فقتل، فبدلها لسيده، وما بقي لوارثه. زوجان ارتدا فلحقا، فولدت هي ثم الولد فظهر عليهم، فالولدان فيء، والأول يُجبر على الإسلام لا ولده، وصح ارتداد صبي يعقل وإسلامه، ويُجبر عليه، ولا يقتل إن أبي الدية؛ لكونه معصوماً وقت القطع، وكذا وقت السراية، هذا عند أبي حنيفة رحمته وأبي يوسف رحمته، وعند محمد رحمته يجب النصف هاهنا لأن الارتداد هدر السراية، فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان.

(مكاتب ارتد فلحق، فأخذ بماله فقتل، فبدلها لسيده، وما بقي لوارثه^(١).
زوجان ارتدا فلحقا، فولدت هي ثم الولد فظهر عليهم، فالولدان فيء،
والأول يُجبر على الإسلام لا ولده^(٢)): وفي رواية الحسن رحمته يُجبر ولد الولد أيضاً،
وهذا بناءً على أن ولد الولد لا يتبع الجد في الإسلام في ظاهر الرواية، ويتبعه في رواية
الحسن رحمته.

(وصح ارتداد صبي يعقل^(٣) وإسلامه، ويُجبر عليه، ولا يقتل^(٤) إن أبي):
هذا عندنا، وعند الشافعي رحمته وزفر رحمته لا يصح ارتداده، ولا إسلامه.
ولنا: إن علياً رحمته أسلم في صباه، وصحح النبي رحمته إسلامه، وافتخاره بذلك
مشهور حيث قال:

سبقتكم على الإسلام طراً^(٥) غلاماً ما بلغت أوان حلمي^(٦)
وسبقتكم إلى الإسلام قهراً بصارم همّتي وسمان غرمي^(٧)

(١) صورته: مكاتب ارتد فلحق بدار الحرب واكسب مالاً، فأخذ بماله، وأبى أن يسلم، فقتل، فإن سيده يعطى بدل الكتابة، والباقي للورثة. ينظر: «شرح ابن ملك» (ق ١٥٣/أ).

(٢) أي يكون ولدهما وولد ولدهما فيء: أي رقيقين؛ لأن المرتدة تسرق والولد يتبع الأم، وكذا ولد الولد، والولد الأول يجبر على الإسلام لا ولده؛ لأن الأولاد يتبعون الآباء في الدين. ينظر: «شرح السير الكبير» (٥: ١٩٨٦)، «الدرر» (١: ٣٠٤ - ٣٠٥).

(٣) الصبي الذي يعقل هو الذي يعقل أن الإسلام سبب النجاة، ويميز الخبيث من الطيب، والخلو من المر ينظر: «أنفع الوسائل» (ص ٥٨).

(٤) في ت وج و ص و ق: قتل.

(٥) ينظر: «المنهاج» وشرحه «معني المحتاج» (٤: ١٣٧)، و«التهيه» (ص ١٤١)، وغيرها.

(٦) في «سنن البيهقي الكبير» (٦: ٢٠٦)، و«الدرية» (٣: ١٣٨)، و«التلخيص» (٣: ٧٧)، و«التحقيق» (٢: ٢٣٥)، قال ابن حجر: رواه البيهقي بسند ضعيف.

(٧) طراً: أي جميعاً. ينظر: «مختار الصحاح» (ص ٣٨٩).

(٨) زيادة من ف.

باب البيعة

قومٌ مسلمون خرجوا عن طاعة الإمام إلى العود، وكشف شبهتهم، فإن تحيزوا مجتمعين، حلٌ لنا قتالهم بدءاً، وتجهيزٌ على جريهم، وتنبُّعٌ مؤلِّهم إن لهم فئة، ومن لا فلا

باب البيعة^(١)

(قومٌ مسلمون خرجوا عن طاعة الإمام إلى العود، وكشف شبهتهم، فإن تحيزوا مجتمعين، حلٌ لنا قتالهم بدءاً) : أي إن^(٢) انحازوا يعني مالوا إلى فئة من المسلمين ؛ ليستعينوا بهم، واجتمعوا، أو اتَّخذوا حيزاً: أي مكاناً واجتمعوا فيه، حلٌ لنا قتالهم بدءاً خلافاً للشافعي^(٣) ؓ فإن قتل المسلم لا يجوز ابتداءً. ونحن نقول: الحكم يدار على دليله، وهو تعسكُرهم واجتماعهم، فإن صبر الإمام إلى أن يبدأوا، فربما لا يمكن دفع شرهم. (وتجهيزٌ على جريهم) : أجهز على الجريح: أي أتم قتله، وفيه خلاف الشافعي^(٤) ؓ أيضاً.

(وتنبُّعٌ مؤلِّهم إن لهم فئة) : أي إن كان لهم فئة، وفيه خلاف الشافعي^(٥) ؓ أيضاً، (ومن لا فلا) : أي من لا فئة له لا تجهز عليه حال كونه جريحاً، ولا تنبُّع حال كونه مؤلياً، لأنه لا يخاف أن يلحق بالفئة فلا ضرورة في قتله، فلا يقتل لكونه مسلماً.

(١) البيعة: وهم الخارجون على الإمام الحق بغير حق، والإمام يصير إماماً بالمبايعه معه من الأشراف والأعيان وبأن ينفذ حكمه في رعيته خوفاً من قهره وجبروته، فإن بايع الناس ولم ينفذ حكمه فيهم لعجزه عن قهرهم لا يصير إماماً، فإذا صار إماماً فاجراً لا ينزل إن كان له قهر وغلبة وإلا ينزل. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٦٩٩).

(٢) زيادة من م.

(٣) في «المنهاج» (٤: ١٢٦): ولا يقاتل البيعة حتى يبعث إليهم أميناً فطناً ناصحاً يسألهم ما يقيمون، فإن ذكروا مظلمة أو شبهة أزالها، فإن أصرّوا نصّحهم ثم آذنتهم بالقتال، فإن استمهلوا اجتهد وفعل ما رآه صواباً. وينظر: «التنبيه» (ص ١٤١).

(٤) ينظر: «المنهاج» (٤: ١٢٧)، و«التنبيه» (ص ١٤١)، وغيرها.

(٥) ينظر: «مغني المحتاج» (٤: ١٢٧)، و«التنبيه» (ص ١٤١)، وغيرها.

ولا نسي ذريتهم، ونحبس ما لهم إلى أن يتوبوا، ونستعمل سلاحهم وخیلهم عند الحاجة، ولا يجب شيء يقتل باغ مثله إن ظهر عليهم، وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهله آخر منه، فظهر عليهم قتل به، وباغ قتل عادلاً مدعيًا حقيقته يرثه كعكسه، فإن أقر أنه على الباطل لا، وبيع السلاح من رجل إن علم أنه من أهل الفتنة كره، وإلا فلا

(ولا نسي ذريتهم، ونحبس ما لهم إلى أن يتوبوا، ونستعمل سلاحهم وخیلهم عند الحاجة)، خلافاً للشافعي^(١).
(ولا يجب شيء يقتل باغ مثله إن ظهر عليهم)^(٢)؛ لأن ولاية الإمام منقطعة عنهم.

(وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهله آخر منه)^(٣)، فظهر عليهم قتل به): هذا إذا لم تجر البغاة في ذلك المصير أحكامهم، فحينئذ لم تنقطع ولاية الإمام عن ذلك المصير، فيجري أحكامه.

(وباغ قتل عادلاً مدعيًا حقيقته يرثه): هذا عند أبي حنيفة^(٤) ومحمد^(٥)، وعند أبي يوسف^(٦) والشافعي^(٧) لا يرث الباغي العادل، سواء ادعى حقيقته، أو أقر أنه على الباطل، (كعكسه): أي كما يرث العادل الباغي^(٨) "إذا قتله"، (فإن أقر أنه على الباطل لا): أي إن أقر أنه على الباطل لا يرثه.
(وبيع السلاح من رجل إن علم أنه من أهل الفتنة كره^(٩))، وإلا فلا.



(١) قال النووي في «المنهاج» (٤: ١٢٧): ويرد سلاحهم وخیلهم إليهم إذا انقضت الحرب وأنت غائبتهم، ولا يستعمل في قتال إلا للضرورة. وينظر: «معني المحتاج» (٤: ١٢٧)، وغيره.

(٢) أي إذا قتل باغ باغياً لا يقتصر من القاتل، ولا يجب عليه شيء إذا غلب أهل العدل عليهم؛ لأنه لا ولاية لإمام أهل العدل عليهم حين القتل، فلم يقع موجباً لشيء فصار كالقتل في دار الحرب. ينظر: «العمدة» (٢: ٣٨٤).

(٣) أي قتل رجل من أهل ذلك المصير عمداً رجلاً آخر من أهل ذلك المصير في زمان حكومة البغاة. ينظر: «الدر المختار» (٣: ٣١٢).

(٤) زيادة من م.

(٥) ظاهر كلامهم أن الكراهة تحريرية، لتعليقهم بالإعانة على المعصية. ينظر: «البحر» (٥: ١٥٥).

كتاب اللقيط

رفعة أحب، وإن خيف هلاكه يجب كاللقطة، وهو حرٌّ إلا بحجة رقه، ونفقته وجنائه في بيت المال، وإرثه له، ولا يؤخذ من أخيه. ونسبه ممن ادعاه، ولو رجلين، أو ممن يصف منهما علامة به، أو عبداً، وكان حرّاً، أو ذميّاً، وكان مسلماً إن لم يكن في مقرهم وذميّاً إن كان فيه

كتاب اللقيط^(١)

(رفعة أحب، وإن خيف هلاكه يجب كاللقطة^(٢))، وهو حرٌّ إلا بحجة رقه، ونفقته^(٣) وجنائه في بيت المال، وإرثه له، ولا يؤخذ من أخيه^(٤). ونسبه ممن ادعاه، ولو رجلين، أو ممن يصف منهما علامة به): أي لو ادعى رجلان نسبه، فإن وصّف أحدهما علامة في جسده، وكان في ذلك صادقاً، فالنسب منه، وإلا فهما سواء. ثم عطف على قوله: ولو رجلين؛ قوله: (أو عبداً، وكان حرّاً): أي إن كان المدّعي عبداً ثبت نسبه منه، لكنّ اللقيط يكون حرّاً؛ لأنّ الأصل في دار المسلمين الحرّية، (أو ذميّاً، وكان مسلماً إن لم يكن في مقرهم): أي في مقرّ الذّميين، (وذميّاً إن كان فيه): أي كان ذميّاً إن ادّعى نسبه ذميّاً، وقد وجد في مقرّ أهل الذّمة.

- (١) اللقيط: ما يلتقط، وهو اسم لحي موجود بطرحه أهله خوفاً عن العيلة أو فراراً عن تهمة الزّنية مضيعه آثم ومحروزه غانم لما في احرازه إحياء النفس، وتماهي في «المستقصى» (ق ١٨٣/ب - ١٨٤/أ).
- (٢) أي إن رفع اللقطة وهي مال الغير الذي وجد ضائعاً مندوب، وفرض عند خوف ضياعها، وهذا إذا أمن على نفسه، وإلا فالترك أولى. ينظر: «منح الغفّار» (ق ٤٣٤/أ).
- (٣) المراد بنفقته: كل ما يحتاج إليه من الطعام والكسوة والسكنى والدواء وغير ذلك حتى المهر إذا زوّجه السلطان. كذا في «البحر» (٥: ١٥٥ - ١٥٦). وإنما كان في بيت المال؛ لأنّ اللقيط مسلم عاجز عن التكسب، ولا مال له ولا قرابة، فأشبهه المقعد الذي لا مال له، وقد ثبت في «مصنّف عبد الرزاق» (٧: ٤٥٠، ٩: ١٤): عن عليّ عليه السلام أنّه أنفق على اللقيط من بيت المال، وكذا روي في «الموطأ» (٢: ٧٣٨)، و«مسند الشافعي» (١: ٢٢٥) وغيرها عن عمر رضي الله عنه. وذكر في «تنوير الأبصار» (ص ١١٧) وغيره: إن هذا إذا لم يكن له مال وقرابة، فإن كان له مال أو قرابة فنفقته في ماله أو قرابته. ينظر: «المعمدة» (٢: ٣٨٥).
- (٤) أي قهراً سواء كان رجلاً أو امرأة؛ لأنه ثبت له حق الحفظ لسبق يده فله أن يدفع إلى غيره باختياره، فلو دفع إليه لم يأخذه منه؛ لأنه أبطل حقه بالاختيار. وتماهي في «المجمع الأنهر» (١: ٧٠٢).

وما شُدَّ عليه فهو له، وصرفَ إليه بأمرٍ قاضٍ، وقيل: بدونه، وللمَلَقِطِ قبضُ هبته،
وتسليمُهُ في حرفةٍ لا إنكاحه، وتصرفُ في ماله، ولا إجارته في الأصح

(وما شُدَّ عليه فهو^(١) له^(٢))، وصرفَ إليه بأمرٍ قاضٍ، وقيل: بدونه، وللمَلَقِطِ
قبضُ هبته، وتسليمُهُ في حرفةٍ لا إنكاحه، وتصرفُ في ماله، ولا إجارته في
الأصح).



(١) زيادة من أوب و م.

(٢) أي ما وجد مشدوداً على اللقيط أو على دابة هو عليها فهو له اعتباراً بالظاهر . ينظر : «الدرر» (٢) .
(١٣٠).

كتاب اللقطة

هي أمانة إن أشهد على أخذه ليرد على ربها وإلا ضمين إن جحد المالك أخذه للرد، وعرفت في مكان وجدت، وفي الجامع مدة لا تطلب بعدها في الصحيح

كتاب اللقطة^(١)

(هي أمانة إن أشهد على أخذه ليرد على ربها وإلا ضمين إن جحد المالك أخذه للرد): اعلم أن الواجد إن أقر أنه أخذها لنفسه ضمن بالإجماع، وإن لم يقر بهذا، فإن أشهد أنه أخذه للرد لا يضمن، وإن لم يشهد ضمن^(٢) عند أبي حنيفة رحمته ومحمد رحمته، وعند أبي يوسف رحمته لا يضمن، بل القول قوله في أنه أخذه للرد. والإشهاد أن يقول: من سمعته ينشد لقطة فدلوه علي. فقله: وإلا ضمين؛ أي إن لم يشهد أنه أخذه للرد ضمن.

(وعرفت في مكان وجدت، وفي الجامع مدة لا تطلب بعدها في الصحيح). قوله: وعرفت: أي وجب تعريفها، والمراد بالتعريف أن ينادي أنني وجدت لقطة لا أدري ماليتها، فليات ماليتها وليصفها لأردّها عليه، واختلفوا في مدة التعريف، والصحيح^(٣) أنها غير مقدرة بمدة معلومة، بل هي مفوضة إلى رأي الملتقط فيعرفها إلى أن يغلب على ظنه أنها لا تطلب بعد ذلك وقدّرهما محمد ومالك^(٤) والشافعي^(٥) رحمته بحول من غير فصل.

(١) اللقطة: وهو عبارة عن مال يوجد ضائعاً لا يعرف مالكة، وليس له بمباح. ينظر: «البحر» (٥: ١٦١).
(٢) فإن لم يجد عند رفع اللقطة من يشهد، أو خاف عند الإشهاد أخذ الظالم فترك الإشهاد لا يضمن. ينظر: «فتاوى قاضي خان» (٣: ٢٩٠).

(٣) هذا هو اختيار السرخسي، وصححه في «الهداية» (٢: ١٧٥)، وفي «جامع المصنوعات» و«الجوهرة»^(١): (٣٥٦): عليه الفتوى، وهو خلاف ظاهر الرواية من التقدير بالحول في القليل والكثير، كما ذكره الإسنيجاني. كذا في «البحر» (٥: ١٦٤). قال ابن عابدين في «رد المحتار» (٣: ٣٢٠): والمتون على قول السرخسي والظاهر أنه رواية أو تخصيص لظاهر الرواية بالكثير.

(٤) ينظر: «حاشية الدسوقي» (٤: ١٢٤)، و«التاج والإكليل» (٦: ٧٤)، و«الفواكه الدواني» (٢: ١٧٤).

وغيرها.

(٥) ينظر: «الأم» (٤: ٦٦)، و«إعانة الطالبين» (٣: ٢٤٩)، و«الإقناع» (٢: ٣٧١)، وغيرها.

سواء أخذت من الحبل، أو الحرم، وما لا يبقى إلى أن يخاف فسادَه، ثم تصدق، فإن جاء ربُّها أجازَه وله أجرُه، أو ضمنَ الأخذَ كما في بهيمةٍ وحِدَت، وما أنفقَ عليها بلا إذن حاكم تبرُّع، وبإذنه دين على ربُّها، وأجرُ القاضي ما له منفعة، وأنفقَ عليها منه كالأبق، وما لا منفعة له أذن بالإنفاق عليها، وشرطُ الرجوع على ربُّها في الأصحُّ إن كان هو الأصلح، وإلاَّ باعها، وأمرَ بحفظِ ثمنها

(سواء أخذت من الحبل، أو الحرم)، هذا احترازٌ من قولِ الشافعي^(١) «فإنه يقول: لقطة الحرم يجب تعريفها إلى أن يجيء صاحبها».

(وما لا يبقى إلى أن يخاف فسادَه): أي عُرِفَ ما لا يبقى كالأطعمة المعدة للأكل وبعض الثمار، (ثم تصدق، فإن جاء ربُّها أجازَه)^(٢) وله أجرُه: أي ثوابُ التصدق، (أو ضمنَ الأخذَ كما في بهيمةٍ وحِدَت): أي لا فرقَ عندنا في اللقطة بين أن يكون بهيمة، أو غيرها، وعند مالك^(٣) «والشافعي»^(٤) إذا وجدَ بغيراً أو بقرةً في الصحراء، فالتَّركُ أفضل.

(وما أنفقَ عليها بلا إذن حاكم تبرُّع، وبإذنه دين على ربُّها، وأجرُ القاضي)^(٥) ما له منفعة، وأنفقَ عليها منه كالأبق، وما لا منفعة له أذن بالإنفاق عليها، وشرطُ الرجوع على ربُّها في الأصحُّ إن كان هو الأصلح^(٦)، وإلاَّ باعها، وأمرَ بحفظِ ثمنها).

(١) وهذا هو الصحيح من مذهب الشافعي «على ما نصَّ عليه النووي في «المنهاج» (٢: ٤١٧)، وينظر: «التبیه» (ص ٨٩)، و«المهذب» (١: ٤٢٩)، وغيرها».

(٢) في أوبوت وسوف: وأجازَه.

(٣) في «الشرح الكبير» (٤: ١٢٢): الإبل تترك ولو بمحل خوف إلا خوف خائن، وإن أخذت الإبل تعدياً عرفت سنة، ثم بعد السنة تركت بحملها الذي أخذت منه، والبقرة مثل في محل خوف وإلا كالغنم ينظر: «مختصر خليل» (ص ٢٤١)، «التاج والإكليل» (٦: ٧٨)، وغيرها.

(٤) في «المنهاج» (٢: ٤٠٩): والحيوان الممتع من صفار السباع بقوة كبير وفرس أو بعدو كآرنب وطبي، أو طبران كحمام إن وجد بمقازة فللقاضي التقاطه، وكذا لغيره في الأصح، ويحرم التقاطه لملك وينظر: «حاشية البجيرمي» (٣: ٢٢٥)، و«مغني المحتاج» (٢: ٤٠٩)، وغيرها.

(٥) أي أو الملتقط بإذنه، يعني إذا كان اللقطة شيئاً له منفعة يمكن إيجارها كالحوان الذي يركب أجره وأنفق عليهما من أجرته، فإن فيه بقاء العين على ملك المالك من غير إلزام الدين عليه ينظر: «العمدة» (٢: ٣٨٨).

(٦) وإنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها ينظر: «الهداية» (٢: ١٧٦).

وللمنفق حبسها لأجل نفقته، فإن هلك بعد حبسه سقطت، وقبله لا، فإن بين مدعيها علامتها حل الدفع، ولا يجب بلا حجة، ويتنفع بها فقيراً وإلا تصدق، ولو على أصله، وفرعه، وعرضه

إنما قال في الأصح؛ لأنّ هنا رواية أخرى، وهي أن الأمر بالإنفاق يكفي لولاية الرجوع على صاحبها، لكن الأصحّ أنّه لا يكفي، بل لا بدّ أن يشترط الرجوع، والضمير في قوله: إن كان هو الأصلح يرجع إلى الأمر بالإنفاق، وشرط الرجوع.

(وللمنفق حبسها لأجل نفقته): أي نفقة المنفق، (فإن هلك بعد حبسه سقطت^(١)): أي النفقة؛ لأنّه إذا حبسها للنفقة صارت كالرهن، وهو مضمون بالدين، (وقبله لا): أي إن هلك قبل الحبس لا تسقط النفقة.

(فإن بين مدعيها علامتها حل الدفع، ولا يجب بلا حجة): هذا عندنا، وعند الشافعي^(٢) يجب الدفع إن بين العلامة، (ويتنفع بها فقيراً وإلا): أي وإن يكن الملتقط^(٣) فقيراً، (تصدق، ولو على أصله، وفرعه، وعرضه).



(١) هكذا ذكر في «الهداية» (٢: ١٧٧)، قال في «الفتح» (٥: ٣٥٦): لم يحك فيه خلاف، وكذا حافظ الدين في «الكافي» أيضاً، فيفهم أنّه المذهب، وجعل القدوري هذا قول زفر^(٤)، وحكى في «البيان» عن علمائنا الثلاثة عدم السقوط، ووجهه أنّ الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنًا ليسقط بهلاكها. انتهى. ونقل الشرنبلالي في «حاشيته على الدرر» (٢: ١٣١) عن العلامة قاسم بن قطلوبغا: إنّ ما في «الهداية» (٢: ١٧٧) ليس مذهباً لأحد من علمائنا الثلاثة، وإنّما هو قول زفر^(٥) ولا يساعده الوجه. وقال المقدسي: ويمكن أن يكون عن علمائنا فيه رواية أو اختار صاحب «الهداية» قول زفر^(٦). ينظر: «رد المحتار» (٣: ٣٢٢).

(٢) قال صاحب «المنهاج» (٢: ٤١٦): إذا ادّعاها رجل ولم يصفها ولا بينة لم تدفع إليه، وإن وصفها وظنّ صدقه جاز الدفع إليه، ولا يجب على المذهب. وينظر: «مغني المحتاج» (٢: ٤١٦)، و«التنبيه» (ص ٩٠)، وغيرها.

(٣) زيادة من ب و س و ص.

كتاب الأبق

نُدِبَ أَخْذَهُ لِمَنْ قَوِيَ عَلَيْهِ، وَتَرَكَ الضَّالَّ قِيلَ: أَحَبُّ. وَلِرَاذِهِ قَتْلًا، أَوْ مَدْبُورًا، أَوْ أُمَّ وَلَدٍ مِنْ سَفَرٍ أَرْبَعُونَ دَرْهَمًا، وَإِنْ لَمْ يَغْدِلْهَا إِنْ أَشْهَدَ أَنَّهُ أَخْذَهُ لِلرَّدِّ، وَمِنْ أَقْلٍ مِنْهَا بِقِسْطِهِ، فَإِنْ أَبَقَ مِنْهُ لَمْ يَضْمَنْ.

كتاب الأبق

(نُدِبَ أَخْذَهُ لِمَنْ قَوِيَ عَلَيْهِ^(١))، وَتَرَكَ الضَّالَّ قِيلَ: أَحَبُّ^(٢).

الْأَبَقُ: هُوَ الْمَمْلُوكُ الَّذِي فَرَّ مِنْ مَالِكِهِ قَصْدًا.

وَالضَّالُّ: الْمَمْلُوكُ الَّذِي ضَلَّ الطَّرِيقَ إِلَى مَنْزِلِهِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ، وَإِنَّمَا كَانَ تَرْكُهُ أَحَبًّا؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَحُ مِنْ مَكَانِهِ، فَيَأْتِي مَالِكُهُ فَيَأْخُذُهُ، وَإِنْ عَرَفَ الْوَاجِدَ^(٣) بَيْتَ مَالِكِهِ، فَالْأَفْضَلُ أَنْ يُوَصِّلَهُ.

(وَلِرَاذِهِ^(٤)): أَيِ الْآبَقِ، (قَتْلًا، أَوْ مَدْبُورًا، أَوْ أُمَّ وَلَدٍ مِنْ سَفَرٍ أَرْبَعُونَ دَرْهَمًا، وَإِنْ لَمْ يَغْدِلْهَا^(٥) إِنْ أَشْهَدَ أَنَّهُ أَخْذَهُ لِلرَّدِّ، وَمِنْ أَقْلٍ مِنْهَا بِقِسْطِهِ^(٦))، هَذَا عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ^(٧) لَا يَجِبُ شَيْءٌ بِلاَ شَرْطٍ. (فَإِنْ أَبَقَ مِنْهُ لَمْ يَضْمَنْ.

(١) أَيِ قَدَرٍ عَلَى حِفْظِهِ وَضَبْطِهِ بِالْإِجْمَاعِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءِ حَقِّ الْمَالِكِ، هَذَا إِذَا لَمْ يَخَفْ ضَيَاعَهُ أَمَا إِنْ خَافَ ضَيَاعَهُ فَيُفَرِّضُ أَخْذَهُ وَيَحْرُمُ أَخْذَهُ لِنَفْسِهِ يَنْظُرُ: «بِمَجْمَعِ الْأَنْهَرِ» (١: ٧٠٩).

(٢) وَاخْتَلَفَ فِي الضَّالِّ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْوَاجِدُ مَوْلَاهُ وَلَا مَكَانَهُ: فَقِيلَ: أَخْذَهُ أَفْضَلُ إِحْيَاءَ لَهُ لِحَتْمِ الْإِحْتِمَالِ الضَّيَاعِ، وَقِيلَ: تَرْكُهُ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَحُ مَكَانَهُ فَيَلْقَاهُ مَوْلَاهُ. يَنْظُرُ: «الدَّرَرُ» (٢: ١٢٦)، وَ«رَدِّ الْمُحْتَارِ» (٣: ٣٢٦).

(٣) فِي م: الْآخِذُ.

(٤) وَيَسْتَتِي فِي أَخْذِ عَدَمِ أَجْرِ الرَّدِّ: السُّلْطَانُ وَنَوَائِبُهُ، وَحَافِظُ الْمَدِينَةِ، وَالْحَارِسُ، وَمَنْ هُوَ فِي عِيَالِهِ، وَمَنْ اسْتَعَانَ بِهِ، وَاحِدُ الزُّوْجَيْنِ، وَالشَّرِيكَ. يَنْظُرُ: «التَّبْيِينُ» (٣: ٣٠٩).

(٥) أَيِ وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَقْلَ. يَنْظُرُ: «الدَّرَرُ» (٢: ١٢٦).

(٦) أَيِ لَوْ رَدَّ الْآبَقُ لِأَقْلٍ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ تَقْسِمُ الْأَرْبَعُونَ عَلَى الثَّلَاثَةِ لِكُلِّ يَوْمٍ ثَلَاثَةَ عَشَرَ وَثَلَاثَ؛ إِذَا هِيَ أَقْلُ مَدَّةِ السَّفَرِ، وَقَدْ اسْتَفِيدَ مِنْهُ أَنْ مَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ كَالثَّلَاثِ بِخِلَافِ مَا نَقَصَ عَنْهَا. يَنْظُرُ: «السَّحَرُ» (٥: ١٧٤).

(٧) يَنْظُرُ: «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٥: ٢٧٥)، وَغَيْرَهَا.

فإن لم يشهد فلا شيء له، وضمين إن أبق منه، وعلى المرتهن جعل الرهن.

فإن لم يشهد فلا شيء له، وضمين إن أبق منه، وعلى المرتهن جعل الرهن^(١): أي لو أبق العبد المرهون، فرد من مدة السفر، فاجعل على المرتهن، هذا إذا كانت قيمته مثل الدين، أو أقل منه، وإن كانت أكثر من الدين، فيقدر^(٢) الدين عليه، والباقي على الراهن، وأمر نفقته كاللقطة،^(٣) والله اعلم.



(١) في ت وج و ق و ف: رهنه.

(٢) في ب: فيقدر، وفي م: فقدر.

(٣) زيادة من أ و ب و م.

كتاب المفقود

هو غائب لم يدر أثره، حي في حق نفسه: - فلا تُنكح عرسه، ولا يُقسَم ماله، ولا تُفسخ إجارته، ويُقيم القاضي من يقبض حقه، ويحفظ ماله، ويسيع ما يخاف فسادَه، ويُتفق على ولدِه وأبويه، وعرسِه - وميت في حق غيره: فلا يرث من غيره إلى تسعين سنة

كتاب المفقود^(١)

(هو غائب لم يدر أثره، حي في حق نفسه: - فلا تُنكح عرسه، ولا يُقسَم ماله، ولا تُفسخ^(٢) إجارته، ويُقيم القاضي من يقبض حقه، ويحفظ ماله، ويسيع ما يخاف فسادَه، ويُتفق على ولدِه وأبويه، وعرسِه - وميت^(٣) في حق غيره: فلا يرث من غيره: أي يوقف^(٤) قسطه من مال مورثه (إلى تسعين سنة)^(٥): اختلف في المدة، فقيل: الأرفق أن تقدّر بتسعين سنة، وظاهر الرواية^(٦) أن تقدّر بموت الأقران، فإن في

(١) المفقود: وهو الغائب الذي انقطع خبره ولا ندري حياته ولا موته. ينظر: «شرح السراجية» (ص ١٥١).
و«الفوائد البهية في الموارث الشرعية» (ص ٦٤).

(٢) في أ ب و ت و س و ف و م: يفسخ. في ص: يفسخ.

(٣) في ت و ج و ف و م: ميت.

(٤) في م: توقف.

(٥) إلى تسعين سنة: متعلق بقوله: حي في حق نفسه، مع ما عطف عليه، يعني يُجعل المفقود حيًا في حق نفسه، وميتًا في حق غيره، فتترتب عليه الأحكام المذكورة إلى أن يتم له عمر تسعين سنة. ينظر: «العمدة» (٢: ٣٩٢).

(٦) ظاهره أن ما في ظاهر الرواية قول مغاير لأقوال التقدير، وكذا اعترض صاحب «البحر» (٥: ١٧٨) على من أفتى باعتبار تسعين؛ كصاحب «الكنز» (ص ٩٣)، و«الوقاية»، و«الكافي»، و«الذخيرة»، وغيرهم، ومن اختار اعتبار سبعين كابن الهمام، ومن اختار اعتبار ستين، وغيرهم ممن اعتبروا مدة خاصة بقوله: العجب كيف يختارون خلاف ظاهر المذهب مع أنه واجب الاتباع على مقلدي أبي حنيفة. انتهى.

وأجاب عنه صاحب «التنوير»: بأن التخصص عن موت الأقران غير ممكن أو فيه حرج عظيم، فمن هذا اختاروا تقديره بالسن. انتهى.

فإن ظهر حياً قبلها فله ذلك، وبعدها يحكم بموته في حق ماله يوم تمت المدة، فتعتد عرسه للموت، ويُقسم ماله بين من يرثه الآن، وفي مال غيره من حين فقده، فيرد ما وقف له إلى من يرث الغير عند موته

هذا العصر قلما يعيش المرء إلى ^(١) تسعين سنة.

(فإن ظهر حياً قبلها فله ذلك، وبعدها): أي بعد المدة، (يحكم بموته في حق ^(٢) ماله يوم تمت المدة، فتعتد عرسه للموت، ويُقسم ماله بين من يرثه الآن، وفي مال غيره من حين فقده، فيرد ما وقف له إلى من يرث الغير عند موته): الأصل عندنا أن ظاهر الحال، وهو الاستصحاب ^(٣) حجة للدفع لا للإثبات، فإذا تمت المدة فهو في مال نفسه حي قبل المدة، فلا يرثه الوارث الذي كان حياً وقت فقده، ثم مات بعد ذلك؛ لأن الظاهر أنه كان حياً، فيصلح حجة لدفع أن يرثه الغير، وفي مال غيره ميت؛ لأن الظاهر لا يصلح حجة لإيجاب إرثه من الغير، فيرد ما وقف للمفقود إلى من يرث من مورثه يوم موته. "والله أعلم".



وحقق صاحب «رد المحتار» (٣: ٣٣١) بأنه لا مخالفة بين قول التقدير وبين ظاهر الرواية، بل هو تفسير لظاهر الرواية، وهو موت الأقران، لكن اختلفوا فمنهم من اعتبر أطول ما يعيش إليه الأقران غالباً، ثم اختلفوا فيه هل هو تسعون أو مئة أو مئة وعشرون، ومنهم وهم المتأخرون اعتبروا الغالب من الأعمار: أي أكثر ما يعيش إليه الأقران غالباً لا أطوله فقدروه بستين؛ لأن من يعيش فوقها نادر، والحكم للغالب. ينظر: «العمدة» (٢: ٣٩٣).

(١) زيادة ب و س و م.

(٢) زيادة من م.

(٣) الاستصحاب: وهو عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان؛ لعدم الدليل المزيل له، وهو يصلح عندنا حجة للدفع لا للاستحقاق، فلهذا اعتبر المفقود حياً في ماله، وميتاً في مال غيره حتى لا يرث منه أحد، ولا يرث المفقود عن أحد، بل يوقف نصيبه، فإن مضت المدة أو علم موته يرد الموقوف لأجله إلى وارث مورثه الذي ورث من ماله. ينظر: «البنية» (٦: ٦٩).

(٤) زيادة من ف و ق.

كتاب الشركة

هي ضربان: شركة ملك: وهي أن يملك اثنان عَيْنًا، وكلُّ كاجني في مال صاحبه. وشركة عقد: وركنتها الإيجاب والقبول، وشرطها عدم ما يقطعها، كشرط دراهم مسمأة من الربح لأحدهما، وهي أربعة أوجه: مفاوضة: وهي شركة متساويين مالا وتصرفاً ودينًا، فلا تصح إلا بين متحدين حرية وحلماً وملة، وتتضمن الوكالة والكفالة

كتاب الشركة^(١)

(هي ضربان:

١. شركة ملك: وهي أن يملك اثنان عَيْنًا، وكلُّ كاجني في مال صاحبه.
 ٢. وشركة عقد: وركنتها الإيجاب والقبول، وشرطها عدم ما يقطعها، كشرط دراهم مسمأة من الربح لأحدهما)؛ فإن هذا يقطع الشركة لاحتمال أن لا يبقى بعد هذه الدراهم المسمأة ربح يشتركان فيه.
- (وهي أربعة أوجه:

١. مفاوضة: وهي شركة متساويين مالا وتصرفاً ودينًا، المراد المساواة في المال الذي يصح فيه الشركة، ولا بأس بزيادة مال لا يجري فيه الشركة، (فلا تصح^(٢) إلا بين متحدين حرية وحلماً وملة) لا بد أن يكونا حريين بالغين، ملئهما واحدة، فلا تصح بين مسلم وكافر، وتجوز بين مسلمين بالغين، وبين كافرين، سواء كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً، فإن الكفر كله ملة واحدة، وهذا عند أبي حنيفة رحمته، وعند أبي يوسف رحمته تجوز بين المسلم والكافر، وعند مالك رحمته والشافعي رحمته لا تجوز المفاوضة أصلاً.

(وتتضمن^(٣) الوكالة والكفالة): أي كل واحد وكيل الآخر في المعاملة، وكذا كل

(١) الشركة: عبارة عن خليط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر. ينظر: «البيان» (٣: ٣١٢).

(٢) في ت وج وف وق: يصح.

(٣) ينظر: «المدونة» (٣: ٩٨)، و«التاج والإكليل» (٧: ٨٠)، وغيرهما، وفيهما تفصيل عنها بحس مطالعته

(٤) ينظر: «الأم» (٣: ٢٠٦)، و«أسنى المطالب» (٢: ٢٥٧)، و«الفرر البهية» (٣: ١٧٠)، وغيرها

(٥) في ت وج و ص وق: وتتضمن.

ومشتري كل لهما، إلا طعام أهله، وكسوتهم، وكل دين لزم أحدهما بما تصح فيه الشركة، كالشراء، والبيع، والاستتجار، أو بكفالة بأمر ضمنه الآخر، وبغير أمر لا، هو الصحيح، وإن ورث أحدهما، أو وهب له ما يصح فيه الشركة، وقبض صارت عتناً، وفي العرض والعقار بقيت مفاوضة، وعنان: وهو شركة في كل تجارة، أو في نوع، ولا يتضمن الكفالة، وتصح بيع ماله، ومع فضل مال أحدهما، وتساوي مالها لا الربح

واحد كقبل عن الآخر، فإذا اشترى أحدهما شيئاً، فللبائع مطالبة الثمن من الشريك الآخر.

(ومشتري كل لهما، إلا طعام أهله، وكسوتهم، وكل دين لزم أحدهما بما تصح فيه الشركة، كالشراء، والبيع، والاستتجار)، فيه احتراز عن لزوم دين بسبب لا تصح فيه الشركة: كالجنابة، والنكاح، والخلع^(١)، والصُّلح عن دم عمد، وكالتفقة، (أو بكفالة بأمر ضمنه الآخر، وبغير أمر لا^(٢)، هو الصحيح)^(٣): أي إذا لزم أحدهما دين بسبب الكفالة من غير أمر المكفول عنه، فالصحيح أن هذا الدين لا يضمنه الشريك الآخر، فإن كان بأمر المكفول عنه يضمنه الشريك الآخر.

(وإن ورث أحدهما، أو وهب له ما يصح فيه الشركة، وقبض صارت عتناً): القبض يشترط في الهبة، (وفي العرض والعقار بقيت مفاوضة): أي في وارث العرض والعقار بقيت مفاوضة؛ لأن مال الشركة لم يزد. ثم شرع في الوجه الثاني من الشركة فقال:

٢. (وعنان: وهو شركة في كل تجارة، أو في نوع، ولا يتضمن^(٤) الكفالة، وتصح بيع ماله، ومع فضل مال أحدهما، وتساوي مالها لا الربح): أي يصح

(١) وصورة الخلع: ما إذا كانت المرأة فاوضت ثم خالعت مع زوجها، فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها، وكذلك لو أقرت بدل الخلع. ينظر: «العناية» (٥: ٣٨٤)

(٢) يعني لو كفل أحد المفاوضين أجنبياً بما لا ياذن المكفول عنه لزم صاحبه عند الإمام؛ لأنه تبرع ابتداء ولكنها تنقلب مفاوضة بقاء؛ لأنه يرجع بما يؤدي على المكفول عنه إذا كفل بأمره، وكلامنا في البقاء بخلاف الكفالة بالنفس؛ لأنها تبرع ابتداء وبقاء. ينظر: «مجمع الأنهر» (١: ٧١٩).

(٣) قال في «الفتح» (٥: ٣٨٦): يشير إلى خلاف المشايخ، وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث، وحمل مطلق جواز «الجامع الصغير» (ص ٣٧٦) عليه.

(٤) في أ: تتضمن، وفي ب وس و م: تضمن.

وكون مال أحدهما دراهم، والآخر دنانير، وبلا خلط، وكل مطالَب بضمن مشربه لا غير، ثم يرجع على شريكه بحصته منه إن أداه من ماله. ولا تصحان إلا بالتقدين، والفلوس النافقة، والتبر، والثقرة إن تعامل الناس بهما، وبالعرض بعد أن باع كل نصف عرضيه بنصف عرض الآخر

بأن يشترط أن يكون المال مساوياً، ولا يكون الربح مساوياً وبالعكس^(١) خلافاً لزفر^(٢) والشافعي^(٣)، (وكون مال^(٤) أحدهما دراهم، والآخر دنانير، وبلا خلط)^(٥)، خلافاً لزفر^(٦) والشافعي^(٧).

(وكل مطالَب بضمن مشربه لا غير): أي لا غير المشتري بناءً على أنه لا يتضمن الكفالة، (ثم يرجع على شريكه بحصته منه إن أداه من ماله. ولا تصحان إلا بالتقدين، والفلوس النافقة، والتبر، والثقرة إن تعامل الناس بهما).

التبر: ذهب غير مضروب.

والثقرة: فضة غير مضروبة.

(وبالعرض بعد أن باع كل نصف عرضيه بنصف عرض الآخر)، اعلم أنه لا

يخلو:

إما أن تكون قيمة متاعهما متساوية فحينئذ يبيع كل واحد منهما نصف متاعه بنصف متاع الآخر، ثم يعقدان عقد الشركة.

وإما أن تكون قيمة متاعهما متفاوتة، "غير مساوية"، كما إذا كان قيمة متاع أحدهما ألفاً وقيمة متاع الآخر ألفين، يبيع صاحب الأقل ثلثي متاعه بثلث متاع الآخر؛ ليكون كل واحد بينهما أثلاثاً: ثلثاه لصاحب الأكثر، وثلثه لصاحب الأقل، ثم يعقدان

(١) زيادة من ب و م.

(٢) ينظر: «التنبيه» (ص ٧٥)، و«تحفة المحتاج» (٥: ٢٩٢)، و«تحفة الحبيب» (٣: ١٣٠)، وغيرها.

(٣) سقطت من أ و ص و ص.

(٤) أي ولا يشترط في خلط المالين.

(٥) ينظر: «الأم» (٧: ٢٠٨)، و«التنبيه» (ص ٧٥)، وغيرها.

(٦) زيادة من م.

وهلاك مالها أو مال أحدهما قبل الشراء يطلها، وهو على صاحبه قبل الخلط هلك في يده، أو يد آخر، وبعد الخلط عليها، فإن هلك مال أحدهما بعد شراء الآخر بماله، فمشرته لهما، ورجع على الآخر بمحصته من ثمنه

عقد الشركة، فيكون الربح هاهنا^(١) بقدر الملك، وإنما يحتاج إلى عقد الشركة؛ ليكون كل واحد وكيلاً من الآخر، وإنما يكون الربح هاهنا^(٢) بقدر الملك^(٣)؛ لأن الربح هاهنا^(٤) نماء المال بخلاف ما إذا كان رأس المال أحد الثقلين، فإن الربح حينئذ يستحق بالشرط، وأيضاً الدراهم والدنانير لا يتعيان في العقد، فالربح لا يكون نماء لرأس المال.

(وهلاك مالها أو مال أحدهما): أي هلاك مال الشركة، أو مال أحد الشريكين، (قبل الشراء يطلها، وهو على صاحبه): أي الهلاك على صاحب المال، (قبل الخلط هلك في يده، أو يد آخر، وبعد الخلط عليها، فإن هلك مال أحدهما بعد شراء الآخر بماله، فمشرته لهما، ورجع على الآخر بمحصته من ثمنه): أي رجع المشتري على أحدهما الذي هلك ماله بمحصته من الثمن؛ لأن الشراء، قد وقع لهما، فلا يتغير بهلاك المال، وعبارة «الهداية» هكذا: ولو اشترى أحدهما بماله، وهلك مال الآخر قبل الشراء،^(٥) فالمشتري بينهما على ما شرط^(٦).

فهاهنا محل أن يغلط في الفهم، ويفهم أنه هلك مال الآخر قبل شراء أحدهما، لكن يجب أن يفهم هذا، فإن وضع المسألة فيما إذا كان هلاك مال الآخر بعد شراء أحدهما بماله بدليل قوله^(٧): ولا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك، وبدليل

(١) زيادة من أ.

(٢) في ب وس وص وف وم: هنا.

(٣) ذكر هذا دفعاً لما يقال: إن ما ذكره هاهنا من كون الربح بقدر الملك مخالف لما مر سابقاً أنه لا يشترط تساوي الربح مع تساوي المالكين عندئذ، وعصّل الدفع أن ذلك فيما إذا كان رأس المال الدراهم والدنانير، وهذا فيما إذا كان رأس المال العرض. ينظر: «العمدة» (٢: ٣٩٩).

(٤) في ب وس وص وف وم: هنا.

(٥) انتهى من «الهداية» (٣: ٨).

(٦) زيادة من أ.

(٧) أي قول صاحب «الهداية» (٣: ٨).

وإن هلك قبل شراء الآخر إن وكله حين الشركة صريحاً، فمشرية لهما، شركة ملك، ورجع بحصة ثمنه وإلا فله، ولكل من شريكي مفاوضة وعنان: أن يوضع، ويودع، ويضارب، ويوكل، والمال في يده أمانة، وشركة الصنائع والتقبل: وهي أن يشترك صانعان كخياطين، أو خياط وصباغ، ويتقبلا العمل لأجر بينهما صحت، وإن شرطوا العمل نصفين والمال أثلاثاً

قوله^(١): هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً، ثم هلك مال الآخر^(٢). فيجب أن يفهم، وهلك مال الآخر قبل أن يشتري هذا الآخر بماله شيئاً، وإنما ذكرت هذا لأنه موضع الغلط.

(وإن هلك قبل شراء الآخر إن وكله حين الشركة صريحاً، فمشرية لهما، شركة ملك، ورجع بحصة ثمنه وإلا فله): أي إن هلك مال أحدهما، ثم اشترى الآخر شيئاً بماله، فإن الشركة قد بطلت بهلاك المال، فبطلت الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة، فإن وكل أحدهما الآخر بالشراء توكيلاً صريحاً، فيقول: كل ما اشترته بالمال الذي معك، فاشتر نصفه لي، فيكون المشتري بينهما شركة ملك، فللمشتري أن يرجع على الآخر بحصته من الثمن، وإن لم يوكله، فالمشتري يكون للمشتري.

(ولكل من شريكي مفاوضة وعنان: أن يوضع^(٣)، ويودع، ويضارب): أي يدفع المال مضاربة، (ويوكل): أي يوكل أجنبياً بالبيع والشراء، ونحوهما، (والمال في يده أمانة): أي في يد كل واحد من الشريكين أمانة حتى لا يضمنه بلا تعدد.

٣. (وشركة الصنائع والتقبل)^(٤): هذه هي الوجه الثالث من الشركة: (وهي أن يشترك صانعان كخياطين، أو خياط وصباغ، ويتقبلا^(٥) العمل لأجر بينهما صحت، وإن شرطوا العمل نصفين والمال أثلاثاً): أي الأجرة أثلاثاً بينهما، هذا عندنا.

(١) أي قول صاحب «الهداية» (٣ : ٩).

(٢) انتهى من «الهداية» (٣ : ٩).

(٣) يوضع: أي يدفع المال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال ولا شيء للعامل. ينظر: «رد المحتار» (٣ : ٣٤٤).

(٤) هذه الشركة تسمى شركة الصنائع وهو جمع صناعة كرسالة ورسائل، وهي كالصناعة، عبارة عن حرفة الصانع وعمله، وتسمى أيضاً شركة التقبل على وزن التفعّل؛ لاشتغالها على قبول العمل، وتسمى أيضاً شركة الأعمال والأبدان. ينظر: «العمدة» (٢ : ٤٠١).

(٥) ولا يشترط كون التقبل منهما معاً، فلو اشتركا على أن يتقبل أحدهما المتاع ويعمل الآخر، أو يتقبل أحدهما ويقطعه ثم يدفعه إلى الآخر للخياط بالنصف جاز. ينظر: «البحر» (٥ : ١٩٥).

وَلَزِمَ كِلَا عَمَلٍ قَبْلَهُ أَحَدُهُمَا، فَيَطَالِبُ كُلُّهُ بِالْعَمَلِ، وَيَطَالِبُ الْأَجْرَ، وَيَتَرَأَّى الدَّافِعُ
بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ، وَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ عَمِلَ أَحَدُهُمَا فَقَطْ، وَشَرَكَةُ الْوُجُوهِ: وَهِيَ أَنْ
يَشْتَرِكَا بِبَلَا مَالٍ لِيَشْتَرِيَا بَوَجهَهُمَا وَيَبِيعَا، فَتَصِحُّ مَفَاوِضُهُ، وَمَطْلَقُهَا عَنَانٌ، وَكُلُّ
وَكَيْلُ الْآخَرِ فِي الشُّرَاءِ، فَإِنْ شَرَطَا مَنَاصِفَةَ الْمُشْتَرَى، أَوْ مُثَالَتَهُ، فَالرَّيْبُ كَذَلِكَ،
وَشَرَطُ الْفَضْلِ بَاطِلٌ

وعند الشافعي^(١) لا يجوز هذه الشركة.

وعند مالك^(٢) وزفر^(٣) لا يجوز إلا عند اتحاد العمل.

(وَلَزِمَ كِلَا عَمَلٍ قَبْلَهُ أَحَدُهُمَا، فَيَطَالِبُ كُلُّهُ بِالْعَمَلِ، وَيَطَالِبُ الْأَجْرَ): أَيِ
يَطَالِبُ كُلُّ وَاحِدٍ أَجْرَ عَمَلٍ عَمَلُهُ أَحَدُهُمَا، (وَيَتَرَأَّى الدَّافِعُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ): أَيِ بَدْفَعِ
الْأَجْرِ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، (وَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ عَمِلَ أَحَدُهُمَا فَقَطْ).

٤. (وَشَرَكَةُ الْوُجُوهِ): هَذِهِ هِيَ الْوُجُوهُ الرَّابِعُ مِنَ الشَّرَكَةِ: (وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَا بِبَلَا
مَالٍ لِيَشْتَرِيَا بَوَجهَهُمَا وَيَبِيعَا) أَيِ لِيَشْتَرِيَا بِبَلَا نَقْدِ الثَّمَنِ؛ بِسَبَبِ وَجَاهَتِهِمَا، فَيَبِيعَا،
فَمَا حَصَلَ مِنَ الثَّمَنِ يَدْفَعَانِ مِنْهُ الثَّمَنَ إِلَى بَايَعِهِمَا، فَإِنْ فَضَلَ مِنْهُ شَيْءٌ يَكُونُ مُشْتَرَكاً
بَيْنَهُمَا، وَهَذِهِ الشَّرَكَةُ لَا تَجُوزُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ^(٤).

(فَتَصِحُّ مَفَاوِضُهُ): بِأَنْ يَشْتَرَطَ الْمَسَاوَاةُ فِي الْأُمُورِ الَّتِي يَجِبُ مَسَاوَاتُهَا فِي
الْمَفَاوِضِ، (وَمَطْلَقُهَا عَنَانٌ، وَكُلُّ وَكَيْلُ الْآخَرِ فِي الشُّرَاءِ): أَيِ إِذَا كَانَ عَقْدُ الشَّرَكَةِ
مَطْلَقاً، أَمَّا إِنْ شَرِطَتْ فِيهِ الْمَفَاوِضُ، فَكُلُّ وَكَيْلُ الْآخَرِ وَكَفِيلُهُ.

(فَإِنْ شَرَطَا مَنَاصِفَةَ الْمُشْتَرَى، أَوْ مُثَالَتَهُ، فَالرَّيْبُ كَذَلِكَ، وَشَرَطُ الْفَضْلِ
بَاطِلٌ): أَيِ إِنْ شَرَطَا أَنْ الْمُشْتَرَى يَكُونُ بَيْنَهُمَا نَصَفَيْنِ، أَوْ أَثْلَاثاً، وَرَبِيعُ أَحَدِهِمَا زَائِدٌ
عَلَى قَدْرِ مَلِكِهِ، فَذَلِكَ الشَّرْطُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ يَكُونُ بِقَدْرِ الْمَلِكِ؛ لِئَلَّا يُوَدِّيَ إِلَى رِبْحٍ
مَا لَمْ يَضْمَنْ، بِخِلَافِ الْعَنَانِ إِذَا كَانَ رَأْسُ الْمَالِ غَيْرُ الْعَرُوضِ، فَإِنَّ رَأْسَ الْمَالِ حَيْثُ لَا
يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، فَلَا يَكُونُ الرِّبْحُ نِصْفَ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى مَا مَرَّ.

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢: ٢٥٤)، و«الفرع البهية» (٣: ١٦٦)، و«التجريد لنفع العبيد» (٣: ٤٠).

(٢) ينظر: «التاج والإكليل» (٧: ٩٤)، و«شرح الخرشي على مختصر خليل» (٦: ٥١)، و«الفواكه

الداوئي» (٢: ١٢٠)، وغيرها.

(٣) ينظر: «المحلي» (٢: ٤١٧)، و«نهاية المحتاج» (٥: ٤-٥)، و«فتوحات الوهاب» (٣: ٢٩٢).

لفصل في الشركة الفاسدة

ولا يجوز الشركة في الاحتطاب، والاحتشاش، والاصطياد، وما حصل لكل فله، وما اخذاه معاً فلهما نصفين، وما حصل له بإعانة الآخر فله، وللآخر أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد عليه السلام، ولا يزاو على نصف ثمنه عند أبي يوسف عليه السلام. ولا في الاستسقاء بأن كان لأحدهما بغل، وللآخر راوية، واستقى أحدهما، فالكسب للعامل، وعليه أجر مثل ما للآخر. والربح في الشركة الفاسدة على قدر المال. وتبطل الشركة بموت أحد الشريكين، ويلحقه بدار الحرب مرتداً إذا قضى به. ولم يزك أحدهما مال الآخر بلا إذنه

لفصل في الشركة الفاسدة

(ولا يجوز الشركة في الاحتطاب، والاحتشاش، والاصطياد^(١))، وما حصل لكل فله، وما اخذاه معاً فلهما نصفين، وما حصل له بإعانة الآخر فله) مثل أن يطلع أحدهما ويجمع الآخر يكون للقالع، (وللآخر أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد^(٢))، ولا يزاو على نصف ثمنه عند أبي يوسف عليه السلام. ولا في الاستسقاء بأن كان لأحدهما بغل، وللآخر راوية^(٣)، واستقى أحدهما، فالكسب للعامل، وعليه أجر مثل ما للآخر. والربح في الشركة الفاسدة على قدر المال): كما إذا شرط في الشركة دراهم مسمّاة من الربح لأحدهما فتفسد الشركة، فيكون الربح بقدر الملك، حتى لو كان المال نصفين وشرط الربح أثلاثاً، فالشرط باطل، ويكون الربح نصفين. (وتبطل الشركة بموت أحد الشريكين، ويلحقه بدار الحرب مرتداً إذا قضى به.

ولم يزك أحدهما مال الآخر بلا إذنه): أي لا يجوز لأحدهما أن يؤدي زكاة مال

(١) وأيضاً: اجتناء لمار من جبال، وطلب معدن، وكثر جاهلي، وطبخ أجر من طين مباح، ونقل الطين وبيعته من أرض مباحة، أو الحصى، أو الملح، أو الثلج، ونحو ذلك. ينظر: «الفتح» (٥: ٤٠٩)، و«البرازية» (٣: ٢٠٢).

(٢) تقديمهم لقول محمد يؤذن باختياره، وفي «الفتاح»: إن قول محمد هو المختار للفقهاء. ينظر: «المبسوط» (١١: ٢١٦)، و«الغنية» (٥: ٤١١)، و«الدر المختار» (٣: ٣٥٠)، و«رد المحتار» (٥: ٣٥٠).

(٣) الراوية: وهي المزة من ثلاثة جلود لنقل الماء. ينظر: «المغرب» (ص ٢٠٢).

فإن أذن كلُّ صاحبه فأدباً ولأه ضَمِنَ الثاني وإن جهَلَ بأداء الأول، وإن أدباً معاً ضَمِنَ كلُّ قِسْطَ غيره، فإن شَرى مفاوضَ أمةً بإذن شريكه ليطأ، فهي له بلا شيء، وأخذ كلُّ بضمينها

الآخر بلا إذنه، (فإن أذن كلُّ صاحبه فأدباً ولأه ضَمِنَ الثاني وإن جهَلَ بأداء الأول): هذا عند أبي حنيفة رحمته، وأما عندهما إذا جهَلَ بأداء الأول لا يضمن. (وإن أدباً معاً ضَمِنَ كلُّ قِسْطَ غيره): مثل إن أدى كلُّ واحدٍ بغيره صاحبه، وأتفق أدبهما في زمانٍ واحد، أو لا يعلمُ تقدُّمُ أحدهما على الآخر ضَمِنَ كلُّ واحدٍ نصيبَ الآخر.

(فإن شَرى مفاوضَ أمةً بإذن شريكه ليطأ، فهي له بلا شيء): هذا عند أبي حنيفة رحمته، وأما عندهما يرجعُ الشريكُ على المشتري "بنصف الثمن"؛ لأنَّ المشتري أدى نصفَ دينه من مالِ الشركة.

ولأبي حنيفة رحمته أنَّ الجاريةَ دخلتْ في الشركة حالَ الشراء، ثمَّ الإذنُ بالشراء للوطء اقتضى الهبة؛ لأنَّه لا طريقَ لحلِّ الوطء إلا الهبة؛ لأنَّه لو باعَ نصيبه من شريكه يصيرُ هذا النصيبُ مشتركاً بينهما، فلا يحلُّ الوطء، وإذا اقتضى الهبة لا يكونُ على المشتري شيء.

(وأخذ كلُّ بضمينها): أي للبائع أن يطالبَ الثمن من أيهما شاء؛ لأنَّ المفاوضة تتضمنُ الكفالة.



(١) زيادة من أ.

(٢) في م: بالثمن.

كتاب الوقف

هو حبسُ العينِ على ملكِ الواقف، والتَّصَدُّقُ بالمنفعةِ كالعارية. وعندهما: هو حبسُ العينِ على ملكِ الله تعالى. فلو وَقِفَ على الفقراء، أو بَنَى سِقَايَةً، أو خَاناً لبني السَّيْلِ، أو رِبَاطاً، أو جعلَ أرضه مقبرةً لا يزولُ ملكُ الواقف عنه، وإن عُلِقَ بموتهِ نحو: إن متُ فقد وقفت في الصَّحِيح

كتاب الوقف

(هو حبسُ العينِ على ملكِ الواقف، والتَّصَدُّقُ بالمنفعةِ كالعارية^(١)).

وعندهما: هو حبسُ العينِ على ملكِ الله تعالى.

فلو وَقِفَ على الفقراء، أو بَنَى سِقَايَةً^(٢)، أو خَاناً^(٣) لبني السَّيْلِ، أو رِبَاطاً^(٤)، أو جعلَ أرضه مقبرةً لا يزولُ ملكُ الواقف عنه، وإن عُلِقَ بموتهِ نحو: إن متُ فقد وقفت في الصَّحِيح^(٥)، قد ذُكِرَ أَنَّ الخلافَ بين أبي حنيفة رحمته الله وصاحبه في جوازِ الوقف، فَإِنَّ الوقفَ لا يجوزُ عنده بناءً على أَنَّهُ تصدَّقَ بالمنفعة، وهي معدومة، لكن على^(٦) الأصحَّ أَنَّ الخلافَ إِنَّمَا هو اللُّزوم، فَإِنَّ الوقفَ غيرُ لازمٍ عنده^(٧)، وإن

(١) الشيءُ المستعارُ باقي في ملكِ مالِكه، وقد أجازَ المالكُ الانتفاعَ به، فعلى هذا يجوزُ للواقفِ التصرفُ في

الموقوفِ على رأي أبي حنيفة رحمته الله، بناءً على أَنَّهُ ملكه كما في العارية. ينظر: «العمدة» (٣: ٤٠٦).

(٢) السَّقَايَةُ: الموضع الذي يتخذ لسقي الناس. ينظر: «المصباح» (ص ٢٨١).

(٣) الخان: وهو ما ينزل به المسافرون. ينظر: «المصباح» (ص ١٨٤).

(٤) الرِّبَاط: الذي يُبْنَى للفقراء. ينظر: «المصباح» (ص ٢١٥ - ٢١٦).

(٥) إذا عُلِقَ بموتهِ فالصَّحِيحُ أَنَّهُ وصِيَّةٌ لازمة، لكن لم يخرج عن ملكه فلا يتصورُ التصرفُ فيه ببيعٍ ونحوه بعد موته، لما يلزمُ من إبطالِ الوصِيَّة، وله أن يرجعَ قبل موتهِ كسائرِ الوصايا، وإِنَّمَا يلزمُ بعد موته. ينظر: «البحر» (٥: ٢٠٨).

(٦) زيادة من أوس.

(٧) قال الطَّرازُليسي رحمته الله في «الإسعاف في أحكام الأوقاف» (ص ٣): الوقف جائزٌ عند علمائنا الثلاثة

وأصحابهم، وذكر في «الأصل» كان أبو حنيفة رحمته الله لا يميزُ الوقفَ فأخذ بعضُ النَّاسِ بظاهرِ هذا اللَّفْظ وقال: لا يجوزُ الوقفُ عنده، والصَّحِيحُ أَنَّهُ جائزٌ عند الكلِّ، وإِنَّمَا الخلافُ بينهم في اللُّزوم وعدمه، فعنده يجوزُ جوازُ الإعارة، فتصرفُ منفعتُه إلى جهةِ الوقفِ مع بقاءِ العينِ على حكمِ ملكِ الواقف، ولو رجعَ عنه حالِ حياتهِ جازَ مع الكراهة، ويورثُ عنه، ولا يلزمُ إلا بأحدِ أمرينِ إمَّا أن يحكمَ به القاضي أو يخرجَه مخرجَ الوصِيَّة، وعندهما: يلزمُ بدون ذلك، وهو الصَّحِيح، وهو قولُ عامةِ العلماء. اهـ

إلا أن يحكم به حاكم. وإلا في مسجد بُني وأُفرز بطريقه، وأذن للناس بالصلاة فيه، فصلى واحد وإن جعل تحته سرداب لمصلحيه، فإن جعل لغيرها، أو وسط داره مسجداً، وأذن بالصلاة فيه فلا

عُلّق بالموت، ففي التعليق بالموت روايتان عنه :
في رواية: يصير لازماً.

وفي رواية: لا، واختار في «المتن» هذا.

وأما عندهما فالوقف لازم، وعليه الفتوى، والأصل فيه وقف الخليل عليه السلام الكعبة^(١).

وعند أبي حنيفة رحمه الله إنما يلزم بأحد الشيئين، وهو ما قال:

١. (إلا أن يحكم به حاكم).

٢. وإلا في مسجد بُني وأُفرز بطريقه^(٢)، وأذن للناس بالصلاة فيه، فصلى واحد وإن جعل تحته سرداب^(٣) لمصلحيه).

اختلف في شرائط صيرورة المكان مسجداً:

فعند أبي يوسف رحمه الله يكفي مجرد قوله: جعلته مسجداً؛ لأن التسليم ليس بشرط للزوم الوقف عنده.

وعند محمد رحمه الله لا بُدَّ من أن يصلى فيه بجماعة.

وعند أبي حنيفة رحمه الله يكفي صلاة واحد، ثم جعل السرداب تحته لمصالح المسجد لا يمنع أن يكون مسجداً.

(فإن جعل لغيرها، أو وسط داره مسجداً، وأذن بالصلاة فيه فلا): أي إن جعل تحت المسجد سرداب لغير مصالح المسجد، لا يصير المسجد مسجداً، وكذا إذا جعل

(١) قد يقال: إن الكعبة كانت موقوفة من قبل، فقد ثبت من الأخبار أنها بنيت قبل آدم عليه السلام، بنتها الملائكة بإذن ربهم، وطافوا بها، وطاف بها آدم عليه السلام، ومن بعده إلى أن اندرست في طوفان نوح عليه السلام فجدد عمارتها إبراهيم عليه السلام مع ابنه إسماعيل عليه السلام بإذن ربهما إلا أن يقال: إن أرض الكعبة وإن كانت موقوفة قبله ولم تكن في ملكه، لكن الجدران والعمارة حصلت بملكه ووقفه. ينظر: «العمدة» (٢): (٤٠٧).

(٢) أي جعل له طريق، وميز بجميع الوجوه عن ملكه، فلو كان العلو مسجداً والمنقل حوايت غير متعلقة بالمسجد أو بالعكس لا يزول ملكه؛ لتعلق حق العبد به. ينظر: «العمدة» (٢): (٤٠٨).

(٣) السرداب: بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء وغيره. ينظر: «درر الحكام» (٢): (١٣٥).

وعند أبي يوسف رحمه الله يزول بنفس القول، وعند محمد رحمه الله تسليمه إلى المتولي، وقبضه شرط، فصح وقف المشاع، وجعل غلة الوقف، أو الولاية لنفسه، وشرط أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء عند أبي يوسف رحمه الله خاصة

وسط داره مسجداً، وأذن بالصلاة فيه لا يصير مسجداً؛ لعدم إفراز الطريق.

(وعند أبي يوسف رحمه الله يزول بنفس القول): أي يزول ملك الواقف عن الوقف بنفس القول.

(وعند محمد رحمه الله تسليمه إلى المتولي، وقبضه شرط): ثم ذكر فروع هذا الاختلاف، فقال:

(فصح وقف المشاع): المشاع إن لم يحتمل القسمة: ففي المسجد والمقبرة لا يجوز الوقف عند أبي يوسف رحمه الله أيضاً، وفي غيرهما يجوز الوقف عند محمد رحمه الله أيضاً. وإن احتمل القسمة، فهو محل الاختلاف: فيصح عند أبي يوسف رحمه الله لا عند محمد رحمه الله، ويفتي بقول أبي يوسف رحمه الله.

(وجعل غلة الوقف، أو الولاية لنفسه، وشرط أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء عند أبي يوسف رحمه الله خاصة): فإن شرط الاستبدال لا يمنع صحة الوقف عند أبي يوسف رحمه الله إذ لا منافاة بين صحة الوقف وبين الاستبدال عنده، فإنه يجوز الاستبدال في الوقف من غير شرط^(١) إذا ضعفت الأرض عن الربيع، ونحن لا نفتي به، وقد شاهدنا في

(١) ذكر في «الأشياء» (ص ٢٢٥): لا يجوز استبدال الوقف العام إلا في أربع:

الأولى: لو شرط الواقف.

الثانية: إذا غصبه غاصب، وأجرى عليه الماء حتى صار بحراً فيضمن القيمة ويشتري المتولي بها أرضاً بدلاً.

الثالثة: أن يجده الغاصب، ولا يئنه، وأراد دفع القيمة، فللمتولي أخذها ليشتري بها بدلاً.

الرابعة: أن يرغب إنسان فيه ببدل هو أكثر غلة وأحسن وصفاً، فيجوز على قول أبي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى، كما في «فتاوى قارئ الهداية» اهـ.

وقال صاحب «النهر» في كتابه: «إجابة السائل» قول «قارئ الهداية»: العمل على قول أبي يوسف رحمه الله معارض بما قاله صدر الشريعة، ونحن لا نفتي به على تقديره، فقد قال في «الإسعاف» (ص ٣٢): المراد بالقاضي هو قاضي الجنة للتفسير بذي العلم والعمل اهـ. ولعمري هذا أعز من الكبرى الأحمر، وبما أراه إلا لفظاً يذكر، فالأحرى فيه السد خوفاً من مجاوزة الحد. انتهى.

وشرط لتمايه ذكر مصرف مؤيد. وقال أبو يوسف رحمته: صح بدونه، وإذا انقطع صرف إلى الفقراء. وصح وقف العقار لا المنقول، وعن محمد رحمته صح وقف منقول فيه تعامل الناس كالفأس، والمر، والقنطرة، والمنشار، والجنابة، وثيابها، والقدر، والمرجل، والمصحف، وعليه أكثر فقهاء الأمصار. فإذا صح الوقف، لا يملك ولا يملك

الاستبدال من الفساد ما لا يعد ولا يحصى، فإن ظلمة القضاة جعلوه حيلة إلى إبطال أكثر أوقاف المسلمين، وفعلوا ما فعلوا.

(وشرط لتمايه ذكر مصرف مؤيد.

وقال أبو يوسف رحمته: صح بدونه، وإذا انقطع صرف إلى الفقراء^(١).

وصح وقف العقار لا المنقول، وعن محمد رحمته صح وقف منقول فيه تعامل الناس^(٢) كالفأس، والمر^(٣)، والقنطرة، والمنشار، والجنابة، وثيابها، والقدر، والمرجل^(٤)، والمصحف، وعليه أكثر فقهاء الأمصار. فإذا صح الوقف، لا يملك ولا يملك.

اعلم أن بعض المتأخرين جوزوا بيع بعض الوقف إذا خرب؛ لعمارة الباقي، والأصح أنه لا يجوز^(٥)، فإن الوقف بعد الصحة لا يقبل الملك، كالحرق لا يقبل الرقة، وقد شاهدنا فيه مثل ما شاهدنا في الاستبدال.

وفي «الفتح» (٥: ٤٤٠): الاستبدال إما عن شرطه أو لا عن شرطه، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم، فينبغي أن لا يختلف فيه، وإن كان لا كذلك، بل اتفق أنه أمكن أن يؤخذ بشئ ما هو خير منه مع كونه متفعلاً به، فينبغي أن لا يجوز؛ لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة؛ ولأنه لا موجب لتجويره؛ لأن الموجب في الأول الشرط، وفي الثاني الضرورة، ولا ضرورة في هذا، إذ لا تجب الزيادة، بل يقيه كما كان. ينظر: «العمدة» (٢: ٤١٠). وللوقوف على تفصيل الكلام في مسألة الاستبدال ينظر: «أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية» (٢: ٩ - ٣٠).

(١) هذا من تنمة قول أبي يوسف رحمته، يعني عنده إذا انقطعت الجهة التي وقف عليها صرف ذلك إلى الفقراء، وإن لم يستهم الواقف. ينظر: «العمدة» (٢: ٤١٠).

(٢) زيادة من ب وس.

(٣) المر: الذي يعمل به في الطين. ينظر: «المغرب» (ص ٤٣٩).

(٤) المرجل: قدر من نحاس، وقيل: كل قدر يطبخ فيها. ينظر: «الطلبية» (ص ١٨٥). قال العيني في «البنية» (٦: ١٦٠): والفرق بينهما أن المرجل لا يكون إلا من نحاس، والقدر قد يعمل من الطين.

(٥) ينظر: «فتح القدير» (٦: ٢٢١).

ولكن يجوزُ قسمةُ المشاع عند أبي يوسف رحمه الله، ويبدأ من ارتفاع الوقف بعماريته، وإن لم يشترطها الواقفُ إن وقفَ على الفقراء، وإن وقفَ على معينٍ وآخره للفقراء فهي في ماله، فإن امتنع أو كان فقيراً أجرته الحاكم، وعمرةً بأجرته، ثم ردةً إلى مصرفه، ونقضه بصرفٍ إلى عمارته، أو يُدخِرُ لوقت الحاجة إليها، وإن تعذر صرفه إليها بيع، ويصرف ثمنه إليها، ولا يقسم بين مصاريفه. والله أعلم.

(ولكن يجوزُ قسمةُ المشاع عند أبي يوسف رحمه الله): فإن القسمة في غير المثليات يغلب فيها جهة التملك، لا جهة الإقرار، ومع هذا يجوزُ قسمةُ المشاع عند أبي يوسف رحمه الله مع أنه لا يجوزُ التملك في الوقف عنده^(١)، فيجعلُ جهة الإقرار غالبيةً في الأوقاف، فإن وقفَ نصيبه من عقارٍ مشتركٍ يجوزُ للواقف أن يقسمه مع الشريك، فإن وقفَ نصفَ عقارٍ كله له، فالقاضي يقسم مع الواقف، لكن لا يجوزُ قسمةُ الوقف بين المصارف.

(ويبدأ من ارتفاع^(٢) الوقف بعماريته^(٣))، وإن لم يشترطها الواقفُ إن وقفَ على الفقراء، وإن وقفَ على معينٍ وآخره للفقراء^(٤) فهي في ماله، فإن امتنع أو كان فقيراً أجرته الحاكم، وعمرةً بأجرته، ثم ردةً إلى مصرفه، ونقضه بصرفٍ إلى عمارته، أو يُدخِرُ لوقت الحاجة إليها، وإن تعذر صرفه إليها بيع، ويصرف^(٥) ثمنه إليها، ولا يقسم بين مصاريفه. "والله أعلم".



(١) زيادة من ف.

(٢) في أ و س و م: ارتفاعات. أي غلاته التي تحصل منه، وهو من اطلاقات العموم، وحيث يسمون ما يحصل من الزرع ارتفاعاً يريدون بذلك الحاصل بالرفع، وهو رفع الزرع إلى اليبدر بعد الحصاد. ينظر: «الدر المنقذ» (١: ٧٤١).

(٣) أي أنه يصرفُ الارتفاع إلى تعبير الموقوف إذا احتيج إليه؛ ليقى ما كان على ما كان، ولا تجوزُ الزيادة عليه، وعليه فيمنع من الصرف إلى البياض والحمرة على الحيطان ونحو ذلك، إن لم يكن فعله الواقف، وإن فعله هو فلا منع. ينظر: «البحر» (٥: ٢٢٥).

(٤) أي قال: وقفت هذه الدار لأولادي أو لأولاد فلان ثم للفقراء.

(٥) في ب و ت و ج و ص و ق: وصرف.

(٦) زيادة من ج.

محتويات

الجزء الثالث

الصفحة	الموضوع
٣	كتاب النكاح
٩	باب المحرمات
١٦	باب الولي والكفو
٢٧	باب المهر
٤٣	باب نكاح الرقيق والكافر
٥٠	باب القسم
٥١	كتاب الرضاع
٥٥	كتاب الطلاق
٥٧	باب إيقاع الطلاق
٦٠	فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان
٦٥	فصل في تشبه الطلاق ووصفه
٦٨	فصل في كنايات الطلاق
٧٠	باب التفوض
٧٠	فصل في الاختيار
٧٢	فصل في الأمر في اليد
٧٣	فصل في المشيئة
٧٨	باب الحلف بالطلاق
٨١	فصل في الاستثناء
٨٢	باب طلاق المريض
٨٦	باب الرجعة

٩٠	فصل فيما تحل به المطلقة
٩٢	باب الإيلاء
٩٥	باب الخلع
٩٩	باب الظهار
١٠٠	فصل في الكفارة
١٠٤	باب اللعان
١٠٨	باب العتق
١١٠	باب العدة
١١٥	فصل في الحداد
١١٨	باب ثبوت النسب والحصانة
١١٨	فصل في ثبوت النسب
١٢٥	فصل في الحصانة
١٢٨	باب في النفقة
١٣٤	فصل في نفقة الأقارب
١٤٠	كتاب العتاق
١٤٣	باب عتق البعض
١٤٩	باب العتق المبهم
١٥٥	باب الحلف بالعتق
١٥٦	باب العتق على جعل
١٦٠	باب التدبير والاستيلاد
١٦٤	كتاب الأيمان
١٧٢	باب الحلف بالفعل
١٧٢	فصل اليمين في الدخول والسكنى
١٧٦	فصل اليمين في الإتيان والركوب والخروج
١٧٩	فصل اليمين في الأكل والشرب

١٨٦	فصل اليمين في لبس الثياب
١٨٧	فصل اليمين في الحج والصوم
١٩٠	باب الحلف بالقول
١٩٠	فصل اليمين في الكلام والبيع والشراء والتزوج
١٩٣	فصل في اليمين في العتق والطلاق
١٩٨	كتاب الحدود
١٩٩	فصل في كيفية الحد وإقامته
٢٠١	باب الوطئ الذي يوجب الحد أو لا
٢٠٥	باب شهادة الزنا والرجوع عنها
٢١١	باب حد الشرب
٢١٣	باب حد القذف
٢١٧	فصل في التعزير
٢٢١	كتاب السرقة
٢٢٣	باب ما يقطع به وما لا يقطع به
٢٣١	فصل كيفية القطع وإثباته
٢٣٦	باب قطع الطريق
٢٤٠	كتاب الجهاد
٢٤١	باب في كيفية القتال
٢٤٣	باب المواجهة ومن يجوز أمانه
٢٤٤	باب المغنم وقسمته
٢٥٠	باب استيلاء الكفار
٢٥٢	باب المستأمن
٢٥٥	باب الوظائف
٢٥٨	فصل الجزية
٢٦٢	باب المرتد

٢٦٧	باب البيعة
٢٦٩	كتاب اللقيط
٢٧١	كتاب اللقطة
٢٧٤	كتاب الآبق
٢٧٦	كتاب المفقود
٢٧٨	كتاب الشركة
٢٨٤	فصل في الشركة الفاسدة
٢٨٦	كتاب الوقف
٢٩١	محتويات الجزء الثالث